

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة الرابعة عشرة (١٩٦٩)

العددان الثالث والرابع

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَائِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الرابعة عشرة ١٩٦٩
العددان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٩

فهرس

صفحة

علاقة القانون باللائحة « دراسة مقارنة »

للدكتور محسن خليل ٣

نظام المسئولية العقدية « نظرة انتقادية »

للدكتور عبد الرحمن عياد ٨٧

حجية القرار الصادر بأن لوجه لاقامة الدعوى الجنائية بالنسبة الى
المجنى عليه

للدكتور حسن صادق المرصفاوى ١٣١

في أن التأليف للتدريس غير خاضع لضريبة

للأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ١٣٩

اصطلاح الأحوال الشخصية

للدكتور سمير عبد السيد تناغو ١٧٣

التعليق على الأحكام « ضرائب »

للأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه ٢١١

Nomination et Entertainement du Personnel Penitentiaire

RAMSES BEHNAM 3

Hernia as an Industrial Accident

GEORGE S. EL-ASSAL 11

علاقة القانون باللائحة

دراسة مقارنة

للدكتور محسن خليل

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

إذا كان لموضوع علاقة القانون باللائحة أهمية تدفع إلى البحث في الوقت الحاضر ، فإن ذلك يرجع بصفة خاصة إلى الدستور الفرنسي الحالي للجمهورية الخامسة الذي عمل على تغيير المعاني والموازين التقليدية في هذا الصدد على نحو لم يسبقه أى نظام آخر .

فلقد طغى على الفكر التقليدى الذى ساد منذ الثورة الفرنسية ذلك المعيار العضوى للتمييز بين القانون واللائحة ، على الرغم من مناداة البعض بالمعيار الموضوعى .

وهكذا اعتبر القانون طبقاً للمعيار العضوى الغالب أنه العمل الناتج عن الهيئة التشريعية وفقاً للأجراءات المنصوص عليها في هذا الخصوص ، واعتبرت اللائحة من قبيل القرارات الإدارية ما دامت صادرة عن السلطة الادارية .

والعلاقة التقليدية بين اللائحة والقانون يحدد نطاقها مبدأ سيامى ألا وهو مبدأ فصل السلطات . فإذا كان للدولة وظائف ثلاث تتمثل في وظيفة تشريعية وتنفيذية وقضائية ، فإنه يجب أن توزع هذه الوظائف المختلفة على هيئات مستقلة تتولى كل منها احداها . وهكذا تباشر السلطة التشريعية مهمة الوظيفة التشريعية ، بينما تباشر السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ التشريع لا تقريره .

على أنه إزاء تعذر الأخذ بمبدأ فصل السلطات على نحو مطلق ساد المفهوم النسبي لهذا الفصل ، وتقرر تبعاً لذلك حق السلطة التنفيذية في التشريع في مجالات معينة وعلى نحو معين .

وإذا كان هذا المفهوم النسبي لا يخل بالمبدأ ذاته ، فإنه يكون من الطبيعي أن تقرر المجالس التشريعية ما تشاء من القواعد القانونية ويكون لها في ذلك الحرية التامة في جميع الحالات ما دام أنها تمارس اختصاصها الأصلي ووظيفتها الأساسية التي تتمثل في حق التشريع .

كما يكون من الطبيعي أن تتصف أعمال الهيئة الأصلية عند ما تقوم بمباشرة وظيفتها الطبيعية بالعلو والسمو عما عداها من أعمال الهيئات الأخرى عندما يسمح لهم استثناء مباشرة وظيفة الهيئة المختصة الأصلية .

وهكذا يضيق مجال اللائحة على اعتبار أنها تشريع فرعي أعطى إلى هيئة لا اختصاص لها كأصل عام في هذا الميدان ، كما يتحقق تبعية هذا التشريع الفرعي للتشريع العادي الصادر عن الهيئة التشريعية الأصلية ، ذلك أنه من البديهي أن تخضع القاعدة القانونية ما يعلو عليها من قواعد .

ويتحقق بالتالي نظام قانوني يتميز بالمنطق والتناسك في البنيان التشريعي . إذ يظهر ما يسمى بالبنيان التشريعي المتدرج الطبقات الذي يضع كل طبقة تشريعية في مكانها الصحيح بالنسبة للأخرى، بحيث يتعين على كل منها أن توافق ما يعلوها حتى تصل إلى نهاية السلم التشريعي . مما يؤدي إلى ضرورة موافقة اللائحة للقانون وتبعيةها له .

وبصدور الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ ، اهتز الكيان السياسي والتشريعي التقليدي السابق بيانه . ودل على هذا الاهتزاز أن علاقة القانون باللائحة قد تغيرت تغيراً جذرياً عما كان مقررأ قبل الدستور الفرنسي الحالي .

فلقد قلب الدستور الفرنسي الجديد العلاقة التقليدية التي كانت تربط اللائحة بالقانون حتى تغيرت تلك الرابطة تغيراً تاماً .

فاذا كانت القاعدة التقليدية السابقة على دستور ١٩٥٨ تقرر الاختصاص المطلق للبرلمان في ميدان الوظيفة التشريعية بحيث يحق له أن يقرر ما يقناه من التشريعات العادية ، وتقرر بالتالي دائرة معينة محددة للسلطة التنفيذية لا يمكن تجاوزها في ميدان التشريع . عمل الدستور الفرنسي الحالي على التجديد في هذا الخصوص على نحو لم يسبق له مثيل ، إذ قرر توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية ، حتى غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع وأصبح اختصاص البرلمان في هذا الميدان محدداً على سبيل الحصر (١). وبذلك أصبحت السلطة التنفيذية المشرع العادي (٢)، وغدت السلطة التشريعية المشرع الاستثنائي ، حتى اعتبر جانب من الفقه أن اللائحة هي الأصل والقانون هو الاستثناء في ميدان التشريع (٣).

ودليل ذلك أن المادة ٣٤ من هذا الدستور قد حددت نطاق القانون، بأن عددت وعينت على سبيل الحصر ما يختص به البرلمان من المسائل في ميدان التشريع ، بحيث لا يجوز له التشريع في غير ذلك من الموضوعات. ثم قررت المادة ٣٧ من الدستور أن باقي المسائل الخارجة عن نطاق القانون تصدر بها لوائح من السلطة التنفيذية .

وهكذا انطلق نطاق اللائحة في ميدان التشريع، وانكشف نطاق القانون في هذا الصدد . كما تغير مدلول مبدأ علو القانون على اللائحة ، مادام أن هذه الأخيرة قد غدت القاعدة العامة في ميدان التشريع وأن الأول قد أصبح الاستثناء .

وأعلن الفقه أنه ولا يمكن الآن في مثل هذا الوضع أن نتكلم عن العلو

Vedel : Droit administratif 3e édit, 1964 P. 33.

(١)

Rivéro : Droit administratif 3e édit, 1965. P. 59.

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit, 1963. P. 72.

A. Hauriou : Droit constitutionnel et institutions politiques, 1966. P. 750.

(٢)

Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel, 8e édit 1965. P. 612.

(٣)

المطلق للقانون على اللائحة ، فالحقيقة هي الاستقلال بين القانون واللائحة ،
ونظك في الطاق الذي عينه الدستور لكل منهما (١) .

كما قرر جانب من الفقه أن البعض قد اعتقد نتيجة ذلك أن القانون فقد
قوته وعلوه على اللائحة بأن ارتفعت هذه الأخيرة إلى مصاف القانون وتحررت
بالتالي من تلك التبعية التقليدية . إذ كيف يمكن تحقق هذه التبعية «ولا يوجد
قانون في ميدان اللوائح التي تصدر تبعاً للمادة ٣٧ ، فحيث لا توجد قاعدة
عليها لا توجد قاعدة تابعة (٢) » .

والحقيقة أن الوضع الفرنسي الجديد يكشف عن دلالة واضحة عن
مدى ما أصاب الفكر السياسي والقانوني من تطور .

فلقد فقد مبدأ فصل السلطات معناه التقليدي بعد أن أصبحت السلطة
التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع . كما فقد مبدأ التدرج
التشريعي مدلوله التقليدي بعد أن تحررت اللوائح من تبعيتها المطلقة للقانون .

وانتهى الحال إلى تنذر مدلول القانون ، فهو لم يعد تلك القاعدة القانونية
التي يقررها البرلمان . ذلك أن «اقرار البرلمان لم يعد الشرط الأساسي ولا الشرط
الكافي لكي نكون أمام قانون » (٣) . وأصبح من المتعذر الاستناد إلى
المعيار العضوي لتعريف القانون وضرورة الاستناد إلى المعيار الموضوعي
في هذا الخصوص . وهكذا «أفحست الفكرة العضوية أو الشكلية مكانها
للفكرة المادية أو الموضوعية » (٤) لكي نصل إلى تعريف القانون .

على أنه يحق التساؤل عما إذا كان الوضع الفرنسي الجديد يثير التخوف
الذي أثاره جانب من الفقه حتى أعلن البعض «انهيار القانون في ظل دستور

Waline : Droit administratif 9e édit, 1963 P. 134.

(١)

Chapus : De La soumission au droit des règlements autonomes. D. 1960, chr. (٢)
P. 126.

Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution (٣)
de 1958. R.D.P. 1959. 709.

Waline : Article cité. P. 709.

(٤)

الجمهورية الخامسة» (١) وبأن «المادتين ٣٤ ، ٣٧ من الدستور تكشفان عن تنظيم القوضى دون قيد أو شرط» (٢).

أعلن الفقيه Waline أنه عندما كان « في اللجنة الاستشارية الدستورية في أغسطس عام ١٩٥٨ حارب بعنف ولكن دون جملوى نص المادة ٣٧ ولكنه بعد تفكير «يقرر أن النظام الجديد يتصف بميزة التناسق والمنطق» (٣).

ولما كان من المعتذر أن نتخذ موقفاً معيناً من موضوع علاقة اللائحة بالقانون إلا بعد العرض لهذا الموضوع من جميع جوانبه .

فإنه يتعين أن نبحث هذه العلاقة في ظل المبدأ التقليدى ، ثم نتبع ذلك بدراسة الوضع الجديد الذى عمل الدستور الفرنسى للجمهورية الخامسة على إرساء قواعده .

وإذا كانت دساتير الدول العربية قد عملت على تقرير الوضع التقليدى بالنسبة لعلاقة القانون باللائحة ، فإن دستور المملكة المغربية الصادر فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٦٢ قد نبذ هذا الوضع مقررأ الوضع الفرنسى الجديد الذى أرسى دعائمه دستور ١٩٥٨ .

فلقد جرى دستور المملكة المغربية الوضع الفرنسى إلى حد يشبه التطابق في ميدان علاقة القانون باللائحة . فنشأ بمستور ١٩٥٨ عمل الدستور المغربى على توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية حتى غدت هذه السلطة الأخيرة صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع . وأصبح اختصاص البرلمان محددأ على سبيل الحصر ، وذلك لأول مرة بالنسبة لدساتير الدول العربية .

Paul Durand: La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République: (١)
Juris classer Périodique 1959. P. 1470.

Morange: La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 Octobre 1985. D. (٢)
chr. 1959. P. 26.

Waline : Article cité P. 706.

(٣)

المبحث الأول

علاقة القانون باللائحة في ظل الوضع التقليدي

عملت الثورة الفرنسية على تقرير مبدأ سياسي كان له أكبر الأثر على الفكر القانوني . هذا هو مبدأ سيادة الأمة .

فلقد نصبت وثيقة اعلان حقوق الانسان التي أقرتها الجمعية الوطنية عام ١٧٨٩ (١) على مبدأ سيادة الأمة ، بأن قررت في فقرتها الثالثة أن «الأمة هي مصدر كل سيادة ، ولا يجوز لأى فرد أو هيئة ممارسة السلطة إلا على اعتبار أنها صادرة منها » . وتمشياً مع وثيقة اعلان الحقوق ، نص الدستور الفرنسي الصادر في ٣ سبتمبر عام ١٧٩١ في الباب الثالث منه في المادة الأولى والثانية على أن «السيادة وحدة واحدة غير قابلة للانقسام ولا للتنازل عنها ولا للتملك بالتقادم وهي ملك للأمة » وأن «الأمة هي المصدر جميع السلطات » . (٢)

ولما كانت السيادة للأمة ، فانه يتعين اختيار من يعبر عن هذه السلطة الآمرة العليا . وإذا كانت الهيئة النيابية هي وحدها التي تمثل الأمة وهي التي تعبر عن إرادتها ، اعتبر القانون أنه « تعبير عن تلك الإرادة العامة » (٣) أى المعبّر عن إرادة الأمة وحدها .

وساد مبدأ علو القانون في الفكر التقليدي على اعتبار أنه من نتائج مبدأ سيادة الأمة . فإذا كان البرلمان هو الذى يمثل الأمة ويعبر عن إرادتها ، فإنه يعلو عما عداه من الهيئات الأخرى بحيث تسمو إرادته المعبرة عن إرادة

(١) أنظر نص وثيقة اعلان حقوق الانسان :

Laferrière : Manuel de droit constitutionnel. 2e édit. P. 46 — 47.

Laferrière : O.C.P. 371.

Vedel : Manuel élémentaire de droit constitutionnel 1949, P.131.

(٢)

(٣)

الأمة عن إرادة من عداها (١) . الأمر الذى يحتم علو البرلمان على السلطة التنفيذية وسمو القانون على اللائحة وخضوع هذه الأخيرة ، حتى تصبح «تحت رحمة القانون» (٢) .

ولقد تميز مبدأ علو القانون على اللائحة بخاصيتين تقليديتين أساسيتين :
— من ناحية النطاق : حيث يكون للهيئة التشريعية أن تقرر ما نشاء من القواعد القانونية ولها فى ذلك الحرية التامة فى جميع المجالات . وبذلك يتميز مجال القانون بالانطلاق بحيث لا يمكن منعه من التشريع فى أى موضوع ، مع تخصيص نطاق معين له لا يمكن لغيره أن يطرقه .

هذا بخلاف اللائحة حيث يضيق نطاقها ، بحيث يتحدد فى دائرة معينة محددة لا يمكن تجاوزها .

— من ناحية التبعية : إذا كان القانون يعلو أى عمل آخر ، فانه يتعين أن تتبع اللائحة القانون وتعمل فى دائرته بحيث لا يجوز لها أن تخالفه أو تخرج عن أحكامه .

وإذا كان البرلمان هو الذى يمثل الأمة ويعبر عن إرادتها ، طغى على الفكر التقليدى ذلك المعيار العضوى للتمييز بين القانون واللائحة .

فالقانون هو «كل قاعدة صادرة عن الهيئات التشريعية متخلدة فى ذلك الشكل التشريعى» (٣) فهو العمل الناتج عن الهيئة التشريعية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى هذا الخصوص ، بينما تعتبر اللائحة من قبيل القرارات الإدارية ما دامت أنها صادرة عن السلطة الإدارية .

(١) Waline : Les rapports entre la loi et règlement avant et après la constitution (١) de 1958. R.D.P. 1959 P. 701.

(٢) Pierre Stilmonkes : La classification des actes ayant force de loi en droit public français : R.D.P. 1964 . P. 264.

(٣) Carré de Malberg : Contribution à la théorie générale de l'Etat. T.I.P. 285.

وساد المعيار العضوى فى الفكر القانونى التقليدى ، على الرغم من مناداة البعض بالمعيار الموضوعى الذى يقرر بأن النظام القانونى يفترض وجود مجموعة من المراكز القانونية تنقسم إلى مراكز شخصية ومراكز عامة وفقاً لطبيعة العمل القانونى الذى قد يكون عملاً ذاتياً يتعلق بالمراكز الأولى أو عملاً موضوعياً يتعلق بالمراكز الثانية . مما يؤدى إلى اعتبار اللوائح من قبيل الأعمال التشريعية، ما دام أنها تقرر قواعد عامة مجردة تطبق على الكافة أو على طائفة دون تحديد أو تعيين لأشخاص بالذات .

وإذا ساد مبدأ سمو القانون كنتيجة من نتائج مبدأ سيادة الأمة ، عمل مشرعو الثورة الفرنسية على التمسك بمبدأ فصل السلطات على نحو مطلق .

فكان أن نص دستور ٣ سبتمبر عام ١٧٩١ فى مادته السادسة على منع السلطة التنفيذية من حق التشريع بتمامه، وذلك بحرماتها من التدخل فى ميدان التشريع بأى صورة من الصور . فالوظيفة التشريعية تقع على «الجمعية الوطنية التشريعية» وحدها ، بينما تقع الوظيفة التنفيذية على الملك والوزراء . وسار دستور ٢٢ أغسطس عام ١٧٩٥ (١) على خطى الدستور السابق، وذلك باعتناقه مبدأ الفصل المطلق بين السلطين التشريعية والتنفيذية حيث يقع على السلطة الأولى وحدها حق التشريع .

الوالتع التنفيذية : إزاء عيوب مبدأ الاستقلال المطلق بين السلطات ، ظهرت الحاجة إلى ضرورة التلطيف من شدة المبدأ السابق . فكان دستور العام الثامن من الجمهورية الصادر فى ١٥ ديسمبر عام ١٧٩٩ الذى كان أول من عمل على التلطيف من حدة مبدأ منع السلطة التنفيذية من التدخل فى ميدان التشريع .

(١) تألفت جمعية نيابية عرفت باسم "Convention" قامت بوضع دستور عام ١٧٩٣ الذى عرف باسم الدستور الجبل "Constitution Montagnarde" إلا أن هذا الدستور لم ير النور إذ ظل دون تنفيذ ، وكان ذلك بناء على قرار الجمعية النيابية الصادر بتاريخ ٥ أكتوبر عام ١٧٩٣ بإرجاء تنفيذ هذا الدستور .

فلقد نصت المادة ٤٤ من هذا الدستور على أن «تفترح الحكومة القوانين وتقوم بوضع الأوامر اللازمة لتنفيذها» . وبذلك ظهرت الواجبات التنفيذية التي يكون للسلطة التنفيذية حق إصدارها تنفيذاً لأحكام القانون .

وعند قيام دستور عام ١٨١٤ عند عودة ملكية البوربون ، نصت المادة ١٤ على أن «الملك حق إصدار الأوامر اللازمة لتنفيذ القوانين اللازمة لأمن الدولة إذا ما تعرضت سلامتها للخطر» . وعلى ذلك يبدو أن الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية المثلثة في الملك قد توسع بعض الشيء ، إذ بحق لها علاوة على إصدار الواجبات التنفيذية إصدار لوائح أو أوامر أمن الدولة إذا ماتعرضت سلامتها للخطر . وعلى أساس هذا الحق قام شارل العاشر بإصدار أوامر يولية عام ١٨٣٠ التي حدت من حرية الصحافة وغيرها والتي كانت من أسباب قيام الثورة عليه عام ١٨٣٠ وعزله من العرش^(١).

ولإزاء ذلك رجعت الدساتير الفرنسية اللاحقة إلى ميدان الواجبات التنفيذية التابعة لتنفيذ القوانين ، بأن منحت السلطة التنفيذية الحق في ضمان «تنفيذ القوانين» سواء أعطى هذا الحق لرئيس الدولة (كما هو الحال في ظل النظام الدستوري لسنة ١٨٧٥) أو لرئيس الحكومة (كما تقتضى بذلك المادة ٤٧ من دستور ١٩٤٦) .

وهكذا كان «تنفيذ القوانين هو النطاق الوحيد الذي لا يتغير للسلطة اللأشعية» بحيث لم يكن لهذه السلطة أدنى حق خاص في التشريع استقلالاً^(٢) :

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها في إصدار الواجبات التنفيذية من الدستور ذاته الذي ينص على حقها في ذلك . ويكون للسلطة التنفيذية هذا الحق سواء عهد القانون إليها بذلك أم ألزم السكوت^(٣) .

Laferrrière : O.G.P. 170, 184.

(١)

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958.

(٢)

R.D.P. 1959. P. 245 — 256.

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 67

(٣)

وينفذ القانون دون انتظار صدور اللائحة التنفيذية ، اللهم إلا إذا علن القانون ذاته نفاذ أحكامه على صدور تلك اللائحة أو كان من المتعذر عملاً تنفيذ أحكام القانون بغير صدور لائحته التنفيذية (١) .

وإذا كانت اللوائح التنفيذية تأتي بالأحكام التفصيلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين بحيث يتعين عليها التزام حدود القانون الذى تفصله دون الغاء أو تعديل أو تعطيل لأحكامه ، فإنه لا يمكن لهذه اللوائح أن تتضمن أحكاماً أصلية جديدة أو تريد شيئاً لم ينص عليه القانون الذى تستند عليه . هذا وإن كان البعض يرى (٢) أنه يمكن للوائح التنفيذية إضافة بعض الأحكام التى تتفق وأحكام القانون ذاته ، ذلك أن هذه اللوائح تعمل على تنفيذ أحكام القانون سواء الصريحة منها أو الضمنية علاوة على تنفيذ الغرض الذى يهدف القانون تحقيقه .

اللوائح المستقلة : ابتداء نطاق اللائحة يتسع بعض الشيء ويتحرر عن نطاق تنفيذ القوانين ، وابتداء هذا التحرر والاتساع فى الظهور منذ أواخر القرن التاسع عشر .

وظهرت ذلك بالنسبة لبعض اللوائح المستقلة التى أجاز إصدارها على الرغم من عدم اتصالها بقانون معين أو على مقتضى نص فى القانون يميز هذا الإصدار .

وكان ذلك بالنسبة للوائح الضبط التى تعمل على حفظ النظام العام أى الأمن والسكينة والصحة العامة . فإذا قام رئيس السلطة التنفيذية بإصدار لوائح عامة بشأن تنظيم سير السيارات فى الطرق العامة دون الاستناد إلى نص قانونى ، فإن ذلك يدخل فى اختصاص رئيس الدولة بمقتضى سلطاته الذاتية

(١) Waline : Traité élémentaire de droit administratif 6e édit. P. 40 — 41.

(٢) Michel Mouskhéli : La loi et le règlement 1943, P. 66 et S.

التي يحق بمقتضاها اتخاذ كافة اجراءات الضبط الادارى التى تطبق في جميع الأحوال تطبيقاً عاماً شاملاً في جميع أنحاء الدولة (١) .

كما ظهرت تلك اللوائح المستقلة في نطاق آخر غير نطاق الضبط الادارى ، وهو الخاص بالتنظيم الداخلى للمرافق العامة الذى قرره مجلس الدولة الفرنسى منذ عام ١٩٠٦ (٢) . وتطبيقاً لذلك أعلن المجلس الفرنسى في أحكام عديدة حق الوزراء في اصدار اللوائح اللازمة لتنظيم المرافق التابعة لهم حتى يتحقق حسن سير العمل في المصالح والادارات التابعة لهم ، وذلك دون الاستناد إلى نص قانونى معين يعطيهم الحق في هذا التنظيم (٣) .

وإذا كانت اللوائح المستقلة لا تستند على قانون معين ، فان الفقه قد أجاز للسلطة التنفيذية حق اصدارها على أساس التفسير العرفى للنصوص الدستورية . هذا العرف الدستورى المفسر الذى يعتبر سند السلطة التنفيذية في اصدار اللوائح المستقلة (٤) .

ولما كان العرف المفسر يعمل على تفسير نصوص الدستور وتحديد معناها وإيضاحها ، فهو لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة بل «يعتبر جزءاً من الدستور المدون الذى يفسره ويكون له ذات القيمة القانونية التى تكون للدستور» (٥) .

(١) وهو الحكم الذى أصدره مجلس الدولة بمناسبة الالتماع الذى أصدرها رئيس الجمهورية عام ١٨٩٩ بشأن تنظيم سير السيارات في الطرق العامة :

C.E. 8 Août 1919, Labonne, Rec. P. 737.

C.E. 4 Mai 1906, Babin, S. 1908. 3. 110. conclus. Romieu.

(٢)

Waline : Droit administratif, 9e édit. P. 121.

(٣)

حيث أورد الفقيه الكثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسى في هذا الصدد .
وانظر كذلك :

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958.

R.D.P. 1959 P. 254.

Laferrière : La coutume constitutionnelle et son rôle et sa valeur en France. (٤)

R.D.P. 1944. P. 20 et S.

Duverger : Manuel de droit constitutionnel et de Science politique.

(٥)

5e édit. P. 201.

المراسيم بقوانين التفويضية : إزاء ما جرت به الحرب العالمية الأولى من صعوبات اقتصادية ، ظهرت الحاجة إلى ضرورة تلطيف مبدأ فصل السلطات أكثر من ذي قبل . فلم يعد يكفي في هذا الخصوص قصر حق السلطة التنفيذية على تنفيذ القوانين أو على إصدار اللوائح المستقلة التي تتمثل في لوائح الضبط ولوائح التنظيم الداخلي للمرافق العامة ، إذ ظهرت الحاجة إلى ضرورة تجنب تعقيد العملية التشريعية البرلمانية التي تؤدي إلى تأخير التشريع عن الحد المعقول . وهو ما يمكن تحقيقه بتوسيع الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية بالنسبة لبعض الموضوعات الهامة التي لا تحتمل تأخير وبطء سير العملية التشريعية داخل البرلمان .

وهكذا بدأ تطور جديد في مفهوم الفصل النسبي بين السلطات ، وفي الفكر السياسي التقليدي . وكان ذلك بظهور قوانين التفويض "Lois d'habilitation" أو قوانين السلطة التامة "Lois de pleins pouvoirs" ، حيث يسمح البرلمان للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتشريع في بعض الموضوعات ولمدة معينة بواسطة لوائح عرفت باسم المراسيم بقوانين "Décrets-lois" .

وتحقق ظهور قوانين التفويض أو قوانين السلطة التامة منذ أعوام الحرب العالمية الأولى وخاصة منذ عام ١٩٣٧ .

فلقد أصدر البرلمان عام ١٩١٦ و ١٩١٨ قوانين التفويض تحت اسم قوانين السلطة التامة بالنسبة لموضوعات خاصة بالرسوم الجمركية . كما ظهرت هذه القوانين بين الحربين العالميتين بمناسبة مواجهة الأزمات النقدية وما تمليه من ضرورة اتخاذ بعض التشريعات السريعة لاصلاح الحالة المالية في البلاد . فكان أن ظهرت الكثير من التشريعات الحكومية استناداً على تفويض البرلمان عام ١٩٢٤ ، وعام ١٩٢٦ في عهد حكومة "Poincaré" وعام ١٩٣٤ ، ١٩٣٥ في عهد حكومة "Laval" .

ثم ظهرت معارضة شديدة لقوانين السلطة التامة حتى رفض البرلمان الموافقة عليها عام ١٩٣٧ . ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد في هذا العام

منتصرة على معارضيها، وكان ذلك بقانون ٣٠ يونية عام ١٩٣٧ . واستمرت هذه القوانين بعد ذلك في الصدور في السنوات التالية تأكيداً على استقرارها وثباتها في الحياة القانونية الفرنسية (١) .

ولقد واجهت قوانين التفويض معارضة شديدة من مقتضاها أنه لا يجوز للبرلمان أن يتنازل عن وظيفته التشريعية إلى السلطة التنفيذية . ذلك أن الوظيفة التشريعية ليست بحق يمكن لصاحبه أن يتنازل عنه سواء على نحو كلي أو جزئي، ولكنها عبارة عن اختصاص عهد به الدستور إلى الهيئة التشريعية التي لا يمكن لها التنازل عنه أو أنابته هيئة أخرى وإلا اعتبر ذلك مخالفة لمأقورة الدستور ذاته في أمر تنظيم وتوزيع الاختصاص . وبلغ من عداء البعض لقوانين التفويض أن أعلن أنها تدل على أن مبدأ « المشروعية قد أصبح في عطلة » (٢) .

وسادت قوانين التفويض طوال الجمهورية الثالثة رغم المعارضة الشديدة لها ورغم عدم استنادها إلى نص دستوري معين . ذلك أن النظام الدستوري قد ألزم السكوت بالنسبة لمراسيم التفويض شأنها في ذلك شأن اللوائح المستقلة التي ظهرت وتقررت في ظله . وهكذا استندت المراسيم بقوانين بلورها إلى العرف الدستوري الذي اعتبره الفقه أساس وجودها (٣) .

وأتى دستور ١٩٤٦ الفرنسي الذي لم ينظر بعين الإرتياح إلى قوانين السلطة التامة ، فكان أن نصت المادة ١٣ على أن الجمعية الوطنية « تقرر القوانين وحدها ولا تملك تفويض هذا الحق » .

ولإزاء الاختلاف على تفسير نص المادة السابقة ، طلبت الحكومة من مجلس الدولة الفرنسي إبداء رأيه في مدى حق الحكومة في إصدار المراسيم

(١) Bonnard : Précis de droit administratif, 4e édit P. 294 — 295.

(٢) هذا الوصف أورده «Léon Blum» وهو ما ذكره الفقيه Waline في مقاله السابق الإشارة إليه في مجلة القانون العام ص ٧٠٣ .

(٣) Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution (٣) de 1958. R.D.P. 1959, P. 703.

بقوانين التي من شأنها تعديل أو إلغاء تشريعات قائمة . ولقد قرر المجلس في فتواه أن هناك بعض الموضوعات التي تتميز بصفة تشريعية ، على خلاف بعض الموضوعات الأخرى التي لا تتميز بهذه الطبيعة . فالمسائل الأولى هي التي تكون من اختصاص البرلمان وحده وذلك بأن يقرر المشرع الدستوري أو العرف الدستوري ضرورة تنظيمها بقانون، ومن ثم فلا يمكن التشريع فيها إلا بقانون يصدره البرلمان ولا يمكن بالتالي التفويض في مثل هذه المسائل . أما بالنسبة للموضوعات الأخرى التي لا تنصف بطبيعة تشريعية حيث لم ينص المشرع الدستوري أو العرف الدستوري على ضرورة تنظيمها بقانون ، فإن المشرع ولو أن له حق التشريع فيها إلا أنه يملك إعطاء السلطة التنفيذية الحق في ذلك ، ومن ثم يجوز التفويض في مثل هذه الموضوعات . على أنه يجب أن يكون هذا التفويض من الدقة والتحديد حتى لا يؤدي إلى تنازل البرلمان عن ممارسة وظيفته الأصلية للسلطة التنفيذية (١) .

وتطبيقاً لفكرة (المسائل التشريعية بطبيعتها) حيث يتعين أن يعالج البرلمان وحده هذه المسائل بقوانين من عنده دون إمكان التفويض فيها ، على خلاف الموضوعات غير التشريعية حيث يجوز التفويض فيها لدخولها في النطاق اللامعي التشريعي . صدر الكثير من القوانين التي عملت على توسيع قائمة التفويض .

وهكذا بدأ المعيار العضوي أو الشكلي في تحديد مدلول القانون واللائحة — الذي يعتنقه الفكر التقليدي كأصل عام — في التغير ، لبروز المعيار الموضوعي أو المادى الذى ينظر إلى الصفة التشريعية والطبيعة اللائحية ودخول ذلك إلى حيز التطبيق (٢) .

وإذ استقر مبدأ التفويض في ظل الجمهورية الرابعة بالرغم من نص

Avis du Conseil d'Etat: R.D.P. 1953. P. 170. — 171.

(١)

Donnedieu de Vabres : L'article 13 et les décrets — lois. D. 1953. chr. P. 137.

Waline : article cité. P. 704 — 705.

(٢)

المادة ١٣ من دستور سنة ١٩٤٦ ، صدرت الكثير من القوانين التفويضية التي تعطى للسلطة التنفيذية حق التشريع بمراسيم لها قوة القانون بحيث يكون لهذه السلطة الأخيرة حق تعديل أو إلغاء القوانين القائمة (١) . هذا مع ملاحظة تقييد قانون التفويض للسلطة التنفيذية بالتشريع في مسائل معينة بالذات وخلال فترة لا يجوز تجاوزها ، بحيث تعرض هذه المراسيم على البرلمان بعد إصدارها للموافقة عليها .

ولإذ صدرت الكثير من قوانين التفويض : كالقانون الصادر في ١٧ أغسطس عام ١٩٤٨ (٢) ، والقانون الصادر في ١١ يوليو عام ١٩٥٣ (٣) . وقد صدرا بمناسبة تفويض السلطة التنفيذية بالتشريع لمواجهة إصلاحات بعض المسائل الاقتصادية والمالية ، إنبرى الفقه لبيان الطبيعة القانونية للمراسيم بقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في هذا الخصوص ، وإن كان الفقه قد واجه ذلك قبل صدور قوانين التفويض هذه .

وتلور مشكلة بيان طبيعة المراسيم بقوانين حول مسالتين : هل هي قرارات إدارية ، وإذا كانت كذلك فكيف يمكن لها تعديل وإلغاء القوانين : أم هي أعمال تشريعية ، وإذا كانت كذلك فكيف يمكن للسلطة التشريعية أن تفوض أعمال التشريع إلى السلطة التنفيذية .

ولقد قرر الأستاذ "Rolland" (٤) المسألة الأولى ، وذلك بتقرير أن المراسيم بقوانين لا تخرج عن كونها قرارات إدارية ويمكن لها مع ذلك

(١) De Laubadère : "Des pleins pouvoirs" aux "demi décrets-lois" D. 1952, chr. P. 35 et S.

(٢) Donnedieu De Vabres : Décrets lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 Août 1948. D. 1949, chr. P. 5 et S.

Roger Pinto : La Loi du 17 Août 1948 tendant au redressement économique et financier, R.D.P. 1948, P. 517, et S.

(٣) René Chapus : La loi d'habilitation du 11 Juillet 1953 et la question des décrets — lois, R.D.P. 1953, P. 954 et S.

(٤) Rolland : R.D.P. 1924, P. 42 et S.

تعديل القوانين القائمة أو إلغائها . ويتأتى ذلك أن البرلمان حينما يفوض السلطة التنفيذية بتعديل أو إلغاء بعض القوانين فإنه ينزع عن هذه القوانين صفة القوانين ، ويحولها بالتالى إلى مجرد مراسيم طوال فترة التفويض . الأمر الذى يمكن معه تعديل القوانين التى نزلت إلى مرتبة المراسيم ، بمراسيم أخرى صادرة عن السلطة التنفيذية بمقتضى التفويض الصادر إليها من البرلمان . ولقد عرفت هذه النظرية فى الفقه الفرنسى باسم "Délégalisation".

على أنه لا يمكن التسليم بوجهة النظر السابقة(١). إذ كيف يمكن للبرلمان أن ينزع عن بعض القوانين صفتها ، وهل له أن يبدل أعماله التشريعية الصادرة عنه وينزلها من مرتبة القانون إلى مرتبة المرسوم ؟.

كما وأن هذه النظرية تتجاهل حقيقة ثابتة وهى أن المراسيم من عمل السلطة التنفيذية لا التشريعية ، الأمر الذى لا يمكن معه أن يضيف البرلمان على أعمال صادرة منه صفة المراسيم وينزلها هذه المنزلة . كما وأن هناك دليلا ثابتاً على تعدد قبول وجهة النظر السابقة وهو أن القوانين محل التغير تكون بمنأى عن كل طعن فيها بالإلغاء نظراً لكونها قوانين لا تقبل طريق الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، وهو من الأمور الممكنة بالنسبة للمراسيم الصادرة من السلطة التنفيذية .

أما وجهة النظر الثانية (٢) ، فهى تعطى للمراسيم بقوانين الصفة التشريعية . فهى أعمال تشريعية لها قوة القانون ، ومن ثم يمكن لها تعديل وإلغاء القوانين . وهكذا تباشر السلطة التنفيذية الوظيفة التشريعية بناء على قانون التفويض الذى منحها هذه الوظيفة بالنسبة لموضوعات معينة وخلال مدة محددة . ولا يمكن الإحتجاج بعدم مشروعية هذا التفويض ، ذلك أن

René Chapus : La loi d'habilitation du 11 Juillet 1953 et la question des décrets (١)

Lois, R.D.P. 1953, P. 988 — 989.

Roger Pinto : La loi du 17 Août 1948 tendant au redressement économique et financier. R.D. P. 1948 P. 531 — 532.

René Chapus : Article cité, P. 992 — 993.

(٢)

«التفويض هو التفويض» حيث لا يمكن الطعن بعدم دستوريته أمام القضاء الإداري .

على أن وجهة النظر السابقة تصطدم بحقيقة قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر المراسيم بقوانين مجرد قرارات إدارية لحين إقرار البرلمان لها .

وتبعاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تعتبر المراسيم بقوانين من القرارات الإدارية التي يمكن أن تكون محلاً للإلغاء إذا ما خالفت شروط وقواعد قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها فإنها تأخذ حكم القوانين تماماً بحيث تكون بمنأى عن الطعن بالإلغاء ما دامت قد دخلت في عداد القوانين^(١) .

ويمكننا أن نفسر الطبيعة القانونية للمراسيم بقوانين - مع العميد Bonnard (٢) - بأنها تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين مزدوجتين : فهي أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التي تمكنها من تعديل وإلغاء القوانين القائمة ، ولقد اكتسبت الصفة التشريعية من قانون التفويض الذي أضفى عليها هذه الصفة . وتعتبر من ناحية أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوي ما دامت صادرة من السلطة الإدارية ، ومن ثم يمكن أن تكون محلاً للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض .

أما بعد إقرار البرلمان لها ، تدخل المراسيم بقوانين في عداد القوانين . فهي أعمال تشريعية من الناحية العضوية . ومن ثم فلا يمكن والحالة هذه أن تكون محلاً للإلغاء شأنها في ذلك شأن أي قانون آخر .

قوانين البرامج : تنشأ مع توسيع مجال السلطة اللائحية ، وجد ما يسمى بقوانين البرامج أو القوانين ذات الإطار العام « Lois - cadres » .

C.E. 9 Mars 1951, Guiolet, D. 1951. P. 474. note Quermonne

(١)

Bonnard : Précis de droit administratif. 4^e édit, p. 294.

(٢)

وتظهر مثل هذه القوانين عندما تقدم السلطة التشريعية على سياسة إصلاح معين في الدولة . فهنا يقتصر البرلمان على إيراد المبادئ الأساسية للبرنامج الإصلاحي في القانون الذي يقرره ، ويترك للسلطة التنفيذية مهمة تنفيذ هذا البرنامج بمراسيم من عندها .

فكأننا أمام عمل مشترك تضطلع به السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية على السواء . حيث يقع على الأولى رسم المبادئ الأساسية ، بينما يقع على الثانية مهمة العمل والتنفيذ بواسطة ما تصدره من مراسيم .

وإذا كان البعض قد قرر أن القوانين ذات الإطار العام وهي التي تظهر عادة بصدد سياسة إصلاح معين عبارة عن إجراء جديد يمارس فيه البرلمان سلطاته إلى جانب السلطة التنفيذية بحيث يختلف هذا الإجراء عن قوانين السلطة التامة حيث تفوض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بالتشريع في موضوعات معينة ، فإنه مع ذلك قد تختلط المراسيم الصادرة تبعاً للقوانين ذات الإطار العام في طبيعتها مع اللوائح التنفيذية التي تصدر لتنفيذ القوانين . وقد تختلط هذه الطبيعة كذلك مع المراسيم بقوانين التي تصدر تبعاً لقوانين التفويض . حتى قرر البعض أن مراسيم القوانين ذات الإطار العام عبارة عن مراسيم بقوانين تفويضية مقنعة (١) تخفى من ورائها تلك المراسيم الأخيرة .

والحقيقة أن المراسيم الصادرة بناء على قوانين البرامج لا تختلف في طبيعتها عن المراسيم بقوانين الصادرة بناء على تفويض من البرلمان ، خاصة وأنها معدة بمدة معينة وتخضع كذلك لإقرار البرلمان .

لوائح الضرورة : إذا كان يتعين على اللائحة أن توافق القانون ، فما الحل إذا طرأت ظروف إستثنائية مثل حالة الحرب أو ظهور وإنتشار وباء معين أو حدوث فتنة أو كارثة ؟ هل تلزم السلطة الإدارية بذات المبدأ الذي

Jean Charpentier : Les lois — cadres et la fonction gouvernementale.

(١)

R. D.P. 1958. P. 223 — 224.

تسير عليه في ظل الظروف العادية ألا وهو ضرورة احترام القانون ،
أم يمكن تطوير هذا المبدأ بما يتناسب ومواجهة هذه الظروف الاستثنائية .

إذا كانت القواعد القانونية المقررة تتناسب والأوقات العادية ، فإنها
قد تبدو عاجزة عن مواجهة الظروف الاستثنائية . الأمر الذي يملئ إمكان
تحرر السلطة الإدارية من هذه القواعد بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف .

وهنا تظهر لوائح الضرورة التي قد تتضمن أحكاماً مخالفة للقوانين
القائمة ، ومع ذلك أجاز القضاء الإداري مشروعيتها على الرغم من مخالفتها
للقوانين ومن عدم مشروعيتها كأصل عام .

وتعتبر بذلك لوائح الضرورة وهي غير مشروعة في الأوقات العادية ،
مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية حماية للنظام العام ولسير المرافق العامة .

وتستبدل المشروعية العادية بمشروعية استثنائية من مقتضاها تتمتع
السلطة الإدارية بحرية واسعة غير مقرر لها في ظل الظروف العادية (١) .

وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية بعض لوائح الضبط
الإداري المقيدة للحريات الفردية في ظل الظروف الاستثنائية على الرغم
من عدم مشروعيتها في ظل الظروف العادية . كما قضى بمشروعية فرض
بعض الرسوم التي تفوق في قدرها الحدود المقررة المنصوص عليها وذلك
لمواجهة الإحتياجات المالية غير العادية الناتجة عن الغزو الألماني عام ١٩٤٠ .
كذلك قرر مشروعية إيقاف العمل ببعض القوانين التي تبص على ضمانات
خاصة بتأديب الموظفين وذلك طوال مدة الحرب العالمية الأولى (٢) .

(١) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit, P. 220.

(٢) أنظر الأحكام الخاصة بذلك وغيرها :

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit, P. 222.

Rivero : Droit administratif 3e édit, P. 80.

والمشروعية الإستثنائية هي أصلا من خلق القضاء الذى يعمل على تقرير أحكامها بإجازة إستبدال أحكام المشروعية العادية بأحكام المشروعية الأولى . حقيقة أن المشرع قد يواجه الظروف الإستثنائية بتشريعات من عنده يخول بمقتضاها الإدارة سلطات واسعة تريد من سلطاتها المقررة فى ظل الظروف العادية ، إلا أن النظرية القضائية تفوق بكثير تلك التشريعات الإستثنائية . ذلك أن القضاء يعمل على تلافى ما قد يظهر من قصور فى النصوص التشريعية وعلى تطوير مفهوم هذه النصوص علاوة على إنشاء مبادئ قانونية يقرها القضاء عند سكوت المشرع كلية عن معالجة أمر هذه الظروف . الأمر الذى يدعو إلى القول بأن المصدر الحقيقى لنظرية الظروف الإستثنائية هو القضاء .

وإذا كانت نظرية الظروف الإستثنائية ترتبط بفكرة أهم من فكرة الضرورة والبوليس الإدارى ألا وهي فكرة المشروعية ذاتها مما يجعل موضعها الطبيعى ميدان المشروعية دون سواه (١) ، فإن الظروف الإستثنائية لا تعمل على استبعاد مبدأ المشروعية كلية بحيث تسمح بإطلاق سلطة الإدارة دون قيد أو شرط . بل تعمل على توسيع قواعد المشروعية العادية والتلطيف من حدتها وتطويرها بالقدر الذى يمكن الإدارة من مواجهة الظروف الإستثنائية وبما يتلاءم وما تمليه هذه الظروف من أحكام ، وذلك كله تحت رقابة القضاء وإشرافه .

وعلى ذلك فإن لوائح الضرورة تخضع لرقابة القضاء الإدارى من ناحية ضرورة صدورها أثناء الفترة الإستثنائية فقط بحيث يتحدد صدورها بوجود هذه الفترة وبمعدنها ، ويتمين على الإدارة بالتالى الرجوع إلى سلطاتها العادية إذا ما زالت هذه الفترة وانقضت . كذلك يتمين أن تعجز الإدارة عن مواجهة الظروف الإستثنائية بالوسائل العادية بحيث تكون هذه اللوائح

هي الوسيلة الوحيدة لذلك . علاوة على ضرورة تناسب أحكام هذه اللوائح مع الظروف الإستثنائية بحيث لا يتسع نشاط الإدارة إلا بالقدر الذي يملكه هذا الطرف وحده .

فاذا تبين أن الإدارة قد تجاوزت حدود سلطتها بعدم مراعاتها هذه الحدود والضوابط ، حتى للقضاء الإداري لإبطال لوائح الضرورة والتعويض عنها كذلك (١) .

خصائص علاقة القانون باللائحة في ظل الوضع التقليدي :

باسترجاع ما سبق بيانه ، يمكن أن نقرر أن الوضع التقليدي قد يميز بمصانئ معينة حكمت علاقة القانون باللائحة :

١ - سيادة المعيار العضوي الذي يميز بين القانون واللائحة . فالقانون هو عبارة عن القاعدة الصادرة عن الهيئات التشريعية وفقاً للإجراءات المقررة لذلك ، بينما تعتبر اللائحة من قبيل القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية .

وإذا كان المبدأ السابق يقصر حق التشريع أساساً على المجالس التشريعية وإن غالى في شدته رجال الثورة الفرنسية دفعا لكل أثر سوى خلفه العهد السابق على الثورة ، فإنه قد بدأ في التطور بعض الشيء بمناسبة تقرير اللوائح التنفيذية على نحو دستوري . ثم بدأ التطور الحقيقي الذي يعطى للسلطة التنفيذية حق التشريع بظهور المراسيم بقوانين التي تصدر تبعاً لقوانين التفويض . واستمر هذا التطور طوال الجمهورية الرابعة حيث برز إلى الوجود المعيار المادى القائل بفكرة المسائل التشريعية بطبيعتها التي يقتصر أمرها على البرلمان

Rivero : O.C.P. 81.

De Laubadère : O.C. P. 224.

(١)

هذا مع ملاحظة أن يكون الضرر عاماً وجبياً لا مكان انقضاء مسئولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية .

وغير ذلك من المسائل التي يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض زميلتها التنفيذية بالتشريع فيها حتى يمكن استمرار العمل بمراسيم القوانين التفويضية على الرغم من نحرим دستور ١٩٤٦ لها كأصل عام . واستمرار لهذا التطور ظهر كذلك ما يسمى بالقوانين ذات الإطار العام حيث تمكنت السلطة التنفيذية من التشريع إلى جانب السلطة التشريعية .

وهكذا يتضح مدى ما أصاب المعيار العضوى - الذى يعطى حق التشريع للمجالس النيابية صاحبة الحق الأصيل فى هذا الميدان - من تطور بحيث أصبح للسلطة التنفيذية هذا الحق فى بعض الظروف والأحوال .

على أنه مهما بلغ من أمر هذا التطور ، فانه يتعين القول أن السلطة التشريعية تعتبر كأصل عام صاحبة الولاية العامة فى أمر التشريع . بينما يتقرر حق التشريع على سبيل الإستثناء للسلطة التنفيذية

٢ - لما كان القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة ، فإنه قد تميز بالسمو والعلو عن اللائحة .

ولما كان القانون يعلو اللائحة ، فانه يتحتم على هذه الأخيرة ضرورة موافقتها للقانون وتبعية لها (١) بحيث إذا إستبان مخالفتها له حق للقاضي أن يقوم بإبطالها ، وذلك على خلاف القانون الذى لا يحق إبطاله .

وهكذا يتمتع القانون بما يسمى «حجية الشيء المشرع به» ، وذلك على خلاف اللائحة التى تتجرد تماماً من هذه الحجية (٢) .

٣ - إذا كان التشريع يتمثل أسامياً فى القانون الذى يتسم بالعلو

(١) هذا مع ملاحظة لوائح الضرورة التى تصدر فى ظل الظروف الاستثنائية حيث يجوز لها مخالفة القانون .

Vedel : Droit administratif, 3e édit. P. 33.

(٢)

ولقد أطلق المصنف فيدل على حجية الشيء المشرع به .

"autorité de chose législée".

والسمو ، بينما تعتبر اللائحة مجرد إستثناء تابع في هذا المجال . فان نطاق القانون يتميز بالإطلاق حيث يمكن للقانون أن يقرر ما يشاء من القواعد القانونية ، على خلاف اللائحة التي يضيق نطاقها في دائرة معينة لا يمكن تجاوزها .

وينتج عن ذلك أولاً : أن من حق القانون أن ينظم ما يحلوه من مسائل بحيث لا يمكن منعه من التشريع في مسألة من المسائل أو تحريمها عليه ، بما دام أنه لا يخالف الدستور في ذلك . وللقانون تبعاً لذلك أن يتدخل في نطاق اللائحة بأن ينظم المسائل التي يجوز تنظيمها باللائحة . الأمر الذي يؤدي إلى القول بأنه إذا كان للقانون أن ينظم كافة الروابط القانونية ، فليس هناك روابط ومسائل معينة وفقاً على اللائحة من دون القانون .

كما ينتج ثانية : أن هناك مجالاً مخصصاً للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه . فهناك مسائل لا يمكن تنظيمها إلا بقانون ، بحيث يستحيل على اللائحة أن تقوم بأمر ذلك .

وإذا كان هناك مسائل مخصصة بتعين تنظيمها بالقانون ، فانه يتحتم على السلطة التشريعية وحدها أن تقوم بأمر ذلك بحيث يستحيل عليها أن تفوض غيرها في القيام بذلك . الأمر الذي يؤدي إلى القول باستحالة التفويض في الميدان المخصص للقانون ، حيث يمتنع على السلطة التشريعية إصدار قوانين التفويض ، ويمتنع على السلطة التنفيذية بالتالي إصدار المراسيم بقوانين التفوضية . شأنها في ذلك شأن باقي اللوائح الأخرى التي يستحيل صدورها لتنظيم أمر هذه المسائل .

ويحدد الدستور المجال المخصص للقانون بنصوص دستورية صريحة ، كفرض الضرائب ونظام الانتخاب والعفو الشامل وغير ذلك من المسائل التي ينص الدستور على أن يكون أمر تنظيمها بقانون (١) . كما يمكن للعرف

الدستورى وكذلك للمبادئ القانونية العامة التى يقرها القضاء أن يعيناً الموضوعات التى يحتفظ بها للقانون وحده (١) .

وهكذا يتضح من مبدأ إنطلاق القانون أنه إذا كان هناك نطاق مخصص للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه ، فان للقانون كذلك أن ينظم كافة المسائل والروابط القانونية ما دام أنه لا يخالف الدستور فى ذلك .

موقف دساتير الدول العربية من الوضع التقليدى :

اعتنقت غالبية دساتير الدول العربية الوضع التقليدى بما يحتويه من خصائص تقليدية .

فلقد قرر الدستور اللبناني المعيار العضوى الذى يجعل التشريع من عمل الهيئات النيابية ويتمثل أصلاً فى صورة قوانين .

لذلك «تولى السلطة التشريعة هيئة واحدة هى مجلس النواب» ، «وتتأط السلطة الإجرائية (التنفيذية) برئيس الجمهورية وهو يتولاه بمعاونة الوزراء وفقاً لأحكام هذا الدستور (٢)» .

وتطبيقاً لذلك جعلت الوظيفة التشريعية من اختصاص مجلس النواب الذى تقرر له حق التشريع كأصل عام فى جميع المجالات حيث ينطلق اختصاصه دون قيد . بحيث يتعين ضرورة موافقة مجلس النواب على كل قانون ويستحيل نشر أى قانون إلا بعد إقرار المجلس النيابى له (٣) .

كما اعتنق دستور المملكة الأردنية الهاشمية المبدأ العضوى التقليدى حيث أناط السلطة التشريعية بمجلس الأمة الذى يتألف من مجلس الأعيان

Juris — Classeur administratif. Fasc. 105. P. 11 et S. (١)

وأنظر الأحكام المبدية الواردة به .

(٢) لمادتان ١٦ ، ١٧ من الدستور اللبناني .

(٣) تنص المادة ١٩ من الدستور اللبناني على أنه « لا ينشر قانون ما لم يقره المجلس » .

وتنص المادة ٥١ على أن « رئيس الجمهورية ينشر القوانين بعد أن يكون وافق عليها المجلس » .

ومجلس النواب ، «وتنأط السلطة التنفيذية بالملك الذى يتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام الدستور (١)» .

وهو ما قرره كذلك دستور المملكة الليبية (٢) ، ودستور الجمهورية التونسية الذى نص على أن «مجلس الأمة هو الذى يمارس السلطة التشريعية» (٣) ، وكذلك الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لسنة ١٩٦٤ حيث عمل على تخصيص المجال التشريعى للسلطة التشريعية وذلك بمقتضى المادة ٤٧ التى قررت أن «مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية» .

أما دستور دولة الكويت ، فلقد كان أصرح الدساتير السابقة فى تقرير المعيار العضوى ، إذ قرر أن نظام الحكم يقوم على أساس فصل السلطات مع تعاونها بحيث لا يجوز لأى سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه فى الدستور (٤) . وتطبيقاً لذلك اختصت السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية وتولت السلطة التنفيذية الوظيفة التنفيذية .

وإذ عهدت دساتير الدول العربية سالفه الذكر الوظيفة التشريعية إلى سلطاتها التشريعية ، إنطلق نطاق القانون حيث يمكن له أن ينظم ما يشاء من المسائل والقواعد القانونية بشرط موافقته لأحكام الدستور .

وتمشياً مع النهج التقليدى عينت الدساتير السابقة مجالا مخصصاً للقانون لا يمكن لغيره أن يطرقه ، وإن اختلف هذا المجال سعة وضيقاً تبعاً لكل دستور على حدة .

(١) المادتان ٢٥، ٢٦ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية .

(٢) يتكون مجلس الأمة فى المملكة الليبية من مجلسين هما مجلس الشيوخ ومجلس النواب .

(٣) الفصل الثامن والمشرور من دستور الجمهورية التونسية .

(٤) قرارات المذكرة التفسيرية لادستور دولة الكويت أن المادة ٥٥ من الدستور قررت صراحة مبدأ الفصل بين السلطات بدلا من تقريره دلالة من واقع الأحكام الخاصة بالسلطات العامة ، وذلك دفعا لكل خلاف أو جدل حول هذا المبدأ .

فلقد نصت هذه الدساتير على تنظيم الكثير من المسائل الخاصة بالحقوق والحريات بواسطة القانون . ومثال ذلك عدم جواز القاء القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون (١) ، وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون (٢) ، وحرمة المسكن بحيث لا يجوز دخوله إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه (٣) ، ولا يمكن أن ينزع عن أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون (٤) . ولا يجوز تحديد إقامة الأفراد وتقييد حريتهم في الإقامة أو التنقل إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون (٥) .

-
- (١) المادة ٨ من الدستور اللبناني المتباعدة للمادة ٨ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية .
المادة ١٦ من دستور المملكة الليبية . المادة ٣١ من دستور دولة الكويت . والمادة ٢٧ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لسنة ١٩٦٤ .
(٢) الفقرة الأخيرة من المادة ٨ من الدستور اللبناني التي نصت على أنه «لا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون» .
ولقد نصت كل من دساتير دولة الكويت في المادة ٣٢ ، والمملكة الليبية في المادة ١٧ ، والدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة في المادة ٢٥ : على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . وهذه البقرة الأخيرة قد تشرع - في رأى جانب من الفقه - أنه لا يلزم أن يكون تقرير الجرائم والعقوبات بقانون بل أن ذلك قد يكون جائزاً بمقتضى لائحة تصدر بناء على قانون .
محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى المصرى والمقارن . الجزء الأول ١٩٥٨ ص ٦٧٩ .
(٣) المادة ١٤ من الدستور اللبناني ، المادة ١٠ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ١٩ من دستور المملكة الليبية ، المادة ٣٨ من دستور دولة الكويت ، المادة ٣٣ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .
هنا ولقد نص الفصل التاسع من دستور الجمهورية التونسية على أن حرمة المسكن مضمونة إلا في الحالات الاستثنائية التي يسطرها القانون .
(٤) المادة ١٥ من الدستور اللبناني ، المادة ١١ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ٣١ من دستور المملكة الليبية ، المادة ١٨ من دستور دولة الكويت ، المادة ١٦ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .
(٥) الفقرة الثانية من المادة ٩ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ١٨ من دستور المملكة الليبية ، المادة ٣١ من دستور دولة الكويت ، المادة ٣١ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .
ولقد نص الفصل الباسم من دستور الجمهورية التونسية على أن لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون :

كذلك نصت الدساتير السابقة على الكثير من الحريات: كحرية الرأي والصحافة والإجتماع والمراسلات التي يتمتع بها الأفراد وذلك في حدود القانون .

وفي ميدان التشريعات المالية ، نصت دساتير الدول العربية سالفه الذكر على كثير من المسائل التي يتحتم تنظيمها بقانون : كحالة إنشاء الضرائب وتعديلها وإلغائها^(١) . وكذلك بالنسبة لبعض المسائل الأخرى كالجنسية مثلاً^(٢) .

وإذا نصت الدساتير السابقة على ضرورة تنظيم بعض المسائل بقانون ، فإنه يعين على السلطة التشريعية بنفسها أن تقوم بأمر ذلك بحيث يستحيل تنظيم هذه المسائل بلوائح من قبل السلطة التنفيذية . علاوة على تحريم التفويض في هذا الميدان المخصص .

وإذا انطلق نطاق القانون في دساتير الدول العربية سالفه الذكر مع تخصيص بعض المسائل التي لا يمكن تنظيمها إلا بقانون ، ضيق نطاق اللائحة بحيث لا يمكن أن يتجاوز هذا النطاق دائرة معينة . أجزأ فيها للسلطة التنفيذية حق التشريع على نحو فرعي .

(١) المادتان ٨١ ، ٨٢ من الدستور اللبناني ، المادة ١٣٤ من دستور دولة الكويت ، المادة ١٦٧ من دستور المملكة القيبية ، المادة ٧٠ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة .

أما دستور الجمهورية التونسية فلقد أورد نصاً عاماً من مقتضاه أن الضرائب لا تكون إلا بقانون (الفصل السادس والثلاثون) .

ولقد نص دستور المملكة الأردنية الهاشمية على حالة إنشاء الضرائب والإلغاء منها حيث استلزم أن يكون ذلك بقانون (المادتان ١١١ ، ١١٨) دون النص على حالة التعديل والإلغاء . (٢) المادة ٦ من الدستور اللبناني ، المادة ٥ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية ، المادة ٢٧ من دستور دولة الكويت .

هذا ولقد حددت المادة ٨ من دستور المملكة القيبية الشروط الخاصة لحالة الجنسية الأصلية ، ثم قررت المادة ٩ من الدستور أن الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية القيبية تحدد بقانون .

واختلف نطاق اللائحة من دستور لآخر وإن اتفقت جميعها بالنسبة للوائح التنفيذية .

فلقد نصت المادة ٥١ من الدستور اللبناني على حق السلطة الإجرائية (التنفيذية) في إصدار اللوائح التنفيذية ، وهو ما يستفاد من نص المادة السابقة التي تقرر أن «رئيس الجمهورية ينشر القوانين بعد أن يكون وافق عليها المجلس (مجلس النواب) ويؤمن تنفيذها بما له من السلطة التنظيمية وليس له أن يدخل تعديلا عليها أو أن يعفى أحداً من التقيد بأحكامها» . وهو ما قرره المادة ٣١ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية بقولها «الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها» . كما قررت المادة ٦٣ من دستور المملكة الليبية أن «الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء عن تنفيذها» . وإذ رددت المادة ٧٢ من دستور دولة الكويت ذات عبارات المادة ٦٣ من دستور المملكة الليبية ، قرر دستور الدولة الأولى بأن يضع الأمير «رأسيم هذه اللوائح ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها» . ولقد قررت المادة ١٢٢ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة أن يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذها» . كما أعطى دستور الجمهورية التونسية لرئيس الجمهورية هذا الحق ، وهو ما يستفاد من نص المادة ٤٥ التي قررت «رئيس الجمهورية يسهر على تنفيذ النصوص التشريعية» .

وإذ تستمد السلطة التنفيذية حق وضع هذه اللوائح من الدستور ذاته ، فيكون لها هذا الحق سواء عهد القانون إليها بذلك أم التزم السكوت في هذا الخصوص .

موقف الدستور اللبناني من اللوائح (١) : إلى جانب اللوائح التنفيذية، يمكن أن تقرر أن للسلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح التنظيمية الخاصة بتنظيم المرافق العامة. وهو ما يستفاد من العبارة التي وردت في نص المادة ٥١ من الدستور من أن رئيس الجمهورية له «السلطة التنظيمية» على أن مدلول هذه العبارة التي أوردتها المادة السابقة إنما ينصرف في نظري على مجرد تنظيم المرافق العامة، أما إنشاء هذه المرافق أو الغاؤها فيجب أن يتم بقانون (٢). وهو ما أعتنقه كذلك جانب من الفقه اللبناني بتأكيده أن مراسيم تنظيم المرافق العامة لا تحتاج إلى قانون «أما إنشاء المرافق العامة والغاؤها فلا بد فيها من صدور قانون (٣)».

وبالنسبة لباقي أنواع اللوائح التقليدية، جاء الدستور اللبناني خلواً منها تماماً. وإزاء تضيق اختصاصات السلطة التنفيذية في المجال اللائحي، تمثل الوضع اللبناني بالوضع الفرنسي الذي ظهر في ظل الجمهورية الثالثة حيث سادت المراسيم بقوانين التفويضية «Décrets lois» التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء على قانون التفويض «Lois d'habilitation» أو قوانين السلطة التامة «Lois de pleins pouvoirs» والتي يسمح البرلمان بمقتضاها للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتشريع في موضوعات معينة خلال مدة معينة.

وهكذا جرى العمل في لبنان على أن تصدر السلطة التنفيذية بناء على تفويض من مجلس النواب مراسيم عرفت باسم «المراسيم الاشتراعية» يوافق عليها مجلس الوزراء ويكون لها قوة القانون وذلك في موضوعات معينة وخلال مهلة محددة ينص عليها قانون التفويض.

(١) يطلق على اللوائح في لبنان لفظ الأنظمة الإدارية أو المراسيم العامة.

(٢) محسن خليل : الدستور اللبناني والمبادئ العامة للساتير . الطبعة الثانية ١٩٦٦ - ١٩٦٧ ص ٣٤١ .

(٣) زهدى يكن : التنظيم الإداري . تنظيم الإدارة المركزية والمحلية ص ٢٥٧ .

ولقد ظهرت هذه المراسيم الإشتراعية حينما طلبت الحكومة من مجلس النواب تفويضها في إصدار مراسيم من عندها يكون لها قوة القانون لمواجهة بعض المسائل المعينة : فلقد فوض المجلس النيابي الحكومة لمدة تنتهي في أول تموز سنة ١٩٣٠ بأن تجرى بمقتضى مراسيم تتخذ في مجلس الوزراء كل الغاء أو ادغام في الوظائف والمعاهد واللوائح حتى ولو كانت هذه التدابير تقضى بتغييرات في المؤسسات والصيغ والمعاملات المحددة بقوانين أو إعمادات مالية أو نقلها . وفي سنة ١٩٥٢ منح مجلس النواب الحكومة سلطة إصدار المراسيم الإشتراعية لمدة ستة أشهر تعرض خلالها هذه المراسيم على مجلس النواب . وكانت المسائل التي طلبت الحكومة التشريع فيها محددة ، كان أهمها : تعديل قانون الانتخابات النيابية وتعديل قانون البلديات ومنح المرأة حقوقها السياسية وتعديل قانون المطبوعات وقانون نقابة الصحافة وإعادة النظر في قانون الضرائب . كما ظهر تفويض ثالث عام ١٩٥٤ لمدة ثلاثة أشهر منحت الحكومة بمقتضاه سلطة تعديل المراسيم الإشتراعية التي أصدرتها لإحدى الحكومات السابقة . كما طلبت الحكومة عام ١٩٥٨ من مجلس النواب إعطائها سلطة إصدار مراسيم إشتراعية لمدة ستة أشهر على أن تعرض هذه المراسيم خلال المدة المذكورة على مجلس النواب ، وذلك في المسائل الآتية : التشريع المالي والإقتصادي ، قانون الموازنة ، المحكة الإدارية الخاصة ، الأمن العام والسلامة العامة ، التنظيم الإداري وتنظيم الإدارة والإدارات العامة وأنظمة الموظفين وغير ذلك من الموضوعات (١) . وإستمرت قوانين التفويض والمراسيم الإشتراعية تظهر من وقت لآخر حتى وقتنا الحاضر .

هذا ولقد تطابقت المراسيم الإشتراعية اللبنانية مع المراسيم بقوانين الفرنسية في أساس وجودها ونطاقها وطبيعتها القانونية .

فاذا كانت المراسيم بقوانين الفرنسية تستند في أساس وجودها على

(١) أنور الخطيب : الأصول البرلمانية ص ٢٦٥ وما بعدها .

عبد عويدات : التنظيم الدستوري في لبنان والبلاد العربية ص ٥٣٠ .

حسن الحنن : القانون الدستوري والدستور في لبنان ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

العرف الدستوري ، فان المراسيم الإستراعية اللبنانية إنما تستند في نظري على ذات الأساس السابق ألا وهو العرف الدستوري (١) .

وإذا كانت المراسيم بقوانين الفرنسية عبارة عن لوائح تفويضية تستند إلى قانون التفويض الذي لا يمكن أن يفوض السلطة التنفيذية في التشريع إلا في موضوعات معينة وخلال مهلة معينة محددها بحيث لا يمكن للوائح التفويض أن تخالف ذلك وتشرع في خلاف هذه الموضوعات وخارج هذه المهلة ، فان المراسيم الإستراعية اللبنانية تستند إلى ذات النطاق السابق الذي يحدده قانون التفويض .

والمراسيم الإستراعية اللبنانية تتمتع بذات الطبيعة القانونية السابق بيانها للمراسيم بقوانين الفرنسية ، إذ تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين : فهي أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التي تمكنها من تعديل وإلغاء القوانين القائمة وتكتسب هذه الصفة التشريعية من قانون التفويض الذي أضفى عليها هذه الصفة . وهي من ناحية أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوي ما دامت صادرة من السلطة الإدارية ، ومن ثم يمكن أن تكون محلاً للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها تلخل المراسيم الإستراعية في عداد القوانين وتعتبر بذلك أعمالاً تشريعية من الناحية العضوية ، ومن ثم فلا يمكن أن تكون محلاً للإلغاء شأنها في ذلك شأن أى قانون آخر .

ودليل ذلك أن مجلس شورى الدولة اللبناني قد اقتضى أثر مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على المراسيم الإستراعية .

واستناداً على قضاء مجلس شورى الدولة اللبناني يتعين أن نميز بين مرحلتين : المرحلة السابقة على إقرار المجلس اللبناني للمرسوم الإستراعي حيث تكون أحكام هذه المراسيم نافذة بذاتها . وهذا ويجوز في هذه المرحلة

(١) محسن خليل : الدستور اللبناني والمبادئ العامة للتأثير ص ٣٤٣ .

الطعن في المرسوم الإشتراعى ، ويحق لمجلس الشورى إبطاله إذا ما تجاوز حدود التفويض كالتشريع في غير الموضوعات التى حددها قانون التفويض أو بعد إنقضاء المدة المعينة التى حددها هذا القانون . ذلك «أن المرسوم الإشتراعى صادر عن الحكومة ، وهو بهذه الصفة عمل إدارى يقبل الطعن لتجاوز حد السلطة لدى مجلس الشورى ما دام لم يقترن بالتصديق» (١) أى من مجلس النواب . وفى حالة إقرار المجلس النيابى المرسوم الإشتراعى ، فإن هذا الأخير يصبح فى حكم القانون ويكون والقانون سواء بسواء بحيث لا يجوز الطعن فيه أمام مجلس شورى الدولة ويكون بالتالى بمنجاة من قضاء الإلغاء (٢) .

ولقد نص الدستور اللبنانى على حالة فريدة فى نوعها قرر فيها للسلطة التنفيذية الحق فى التشريع بدلا من السلطة التشريعية عند تراخى هذه السلطة الأخيرة فى البت فى مشروع قانون يوصف بصفة الإستعجال .

فلقد قررت المادة ٥٨ من الدستور اللبنانى حالة **مشروعات القوانين للإستعجال** بذكرها «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضى أربعين يوماً من طرحه على المجلس (مجلس النواب) دون أن يبت فيه أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء» .

وهكذا خرج المشرع الدستورى عن المعيار العضوى التقليدى الذى اعتنقه كأصل عام والذى يقصر الوظيفة التشريعية على البرلمان ، بأن أعطى

(١) قرار ٢ رقم الدوى ٥٤٤ تاريخ ١٩٥٩/١/٥ المجموعة الإدارية السنة الرابعة ص ٣ . قرار ٥٢٢ تاريخ ٩ تشرين الثانى سنة ١٩٥٥ المجموعة الإدارية السنة الأولى ص ٦٣ . هذا ولقد قرر مجلس شورى الدولة اللبنانى فى قراره الأول لإبطال المرسوم الإشتراعى الصادر عام ١٩٥٤ المتعلق بتنظيم الأوقات الإسلامية ، كما قرر لإبطال الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من المرسوم الإشتراعى رقم ١١٢ تاريخ ١٢ حزيران سنة ١٩٥٩ لأنها «تجاوزت حدود التفويض الممنوح للحكومة» .

(٢) محسن خليل : القضاء الإدارى اللبنانى ورقابته لأعمال الإدارة ص ٢٥٨ - ٢٥٩ .

للسلطة التنفيذية حق إصدار مشروعات هذه القوانين دون أن يقررها البرلمان إذا ما توافرت الشروط الخاصة بذلك .

وأول هذه الشروط : أن يكون لمشروع القانون الذى تخيله السلطة التنفيذية على مجلس النواب صفة الإستعجال وذلك لمواجهة بعض الظروف التى لا تحتمل إنتظار السير العادى للبرلمان فى إقرار مشروعات القوانين : وتقرير صفة الإستعجال فى نظرى متروك أمره إلى السلطة التنفيذية وحدها (١)، دون السلطة التشريعية التى لا يجوز لها عند نظر مشروع القانون أن تتعرض لهذه المسألة الإستباقية الأولية الخاصة بشكل مشروع القانون أى ما إذا كان له صفة الإستعجال أم لا . ودليل ذلك نص المادة ٥٨ التى تقضى صراحة بشكل قاطع لا يحتمل الإجهاد والتفسير «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة» .

وثانى هذه الشروط : يتعلق بمدة الأربعين يوماً التى نصت عليها المادة الدستورية . متى تبدأ هذه المدة التى يحق للسلطة التنفيذية بعد إنتهاؤها دون أن يبت مجلس النواب فى مشروع القانون المستعجل أن تصدر هذا المشروع ؟

إذا قلنا أنها تبدأ من تاريخ الطرح على المجلس النيابى طبقاً لنص المادة الدستورية ، فما هو المقصود بالطرح ؟ هل يقصد به أن مدة الأربعين يوماً تبدأ من تاريخ إحالة السلطة التنفيذية المشروع المستعجل إلى مجلس النواب ، أم يقصد به أن هذه المدة تبدأ من تاريخ أول جلسة يأخذ فيها المجلس النيابى علماً بهذا المشروع .

(١) حسن خليل : الدستور اللبنانى والمبادئ العامة للساتير ص ٣٤٦ وما بعدها .
ومع ذلك ذهب جانب من الفقه اللبنانى أن تقدر صفة الإستعجال مردياً إلى السلطة التشريعية
فهى التى تقرر ما إذا كان لمشروع القانون الذى طرح عليها هذه الصفة .
أنور الخليب : الأصول البرلمانية ص ٤١١ وما بعدها .

على الرغم من اختلاف الفقه اللبناني في هذا الخصوص (١) ، أرى أن المدة السابقة تبدأ من تاريخ أول جلسة يعرض فيها مشروع القانون المستعجل على المجلس النيابي للتصرف فيه حيث يتلى فيها هذا المشروع بعد إدراجه في جدول أعمال إحدى جلسات المجلس (٢) . وهو ما يستفاد من حكمة تقرير المادة الدستورية التي تعمل على حث المجلس النيابي بالإسراع في البت في مشروعات القوانين المستعجلة ، الأمر الذي لا يتأتى إلا بعرض المشروع على المجلس النيابي حتى يستطيع هذا الأخير أن يبدأ في نظره . هذا علاوة على المناقشات البرلمانية (٣) التي دارت عند تعديل نص المادة ٥٨ والتي تكشف مجلاء عن هذا الأمر .

وثالث شروط المادة ٥٨ : يتعلق بمدى سلطة مجلس النواب في نظر مشروعات القوانين المستعجلة . أرى (٤) أن للمجلس النيابي السلطة الكاملة حيال هذه المشروعات شأنها في ذلك شأن باقي مشروعات القوانين التي تتجرد من صفة الإستعجال . وبذلك يكون للمجلس النيابي إقرار المشروعات المستعجلة دون تعديل ، كما يكون له حق تعديلها ، وكذلك رفضها وعدم الموافقة عليها . وهنا يستحيل على السلطة التنفيذية إصدار مشروع القانون المستعجل ما دام أنه محقق «بت» المجلس النيابي فيه . ودليل ذلك أن عبارة «البت» التي أوردتها المادة الدستورية تتحقق بالتصويت النهائي على مشروع القانون خلال المدة المحددة سواء بالموافقة دون تعديل أو بالموافقة

(١) يرى البعض أن مدة الأربعين يوماً تبدأ من تاريخ إحالة السلطة التنفيذية مشروع القانون للمستعجل إلى مجلس النواب . واستند هذا الرأي إلى النص الفرنسي الأصلي لهذه المادة عند وضع الدستور .

أدون رباط : محاضرات في القانون الدستوري (القيت بالجامعة اللبنانية على الآلة الكاتبة) ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ص ٣٥٠ .

(٢) عمن خليل : الدستور اللبناني والمبادئ العامة للساتير ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٣) أنور الخطيب : الأصول البرلمانية ص ٤٠٦ - ٤٠٧ حيث أورد المناقشات البرلمانية التي دارت في هذا الصدد .

(٤) عمن خليل : المرجع صالغ للذكر ص ٣٥١ - ٣٥٢ .

بعد إجراء التعديل الذى يراه المجلس النيابى لازماً لذلك أو بالرفض وعدم الموافقة على المشروع برمته . وفى جميع هذه الأحوال يلتزم رئيس السلطة التنفيذية برأى المجلس ما دام أن هذا الأخير قد فصل فى أمر المشروع المعروض عليه خلال المدة التى حددتها المادة الدستورية . والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعطيل سلطة المجلس النيابى ويمنح السلطة التنفيذية الحق فى فرض كلمتها على السلطة التشريعية ، وهو ما لم تقرره المادة ٥٨ فى ذات نصها أو فى مدلول معناها حيث يرى المشرع الدستورى إلى مجرد حث السلطة التشريعية على الإسراع خلال مدة معينة فى البت فى بعض مشروعات قوانين لا تحتتمل التأخير دون أدنى تدخل فى سلطة المجلس النيابى .

وهكذا يتضح أنه إذا تراخى المجلس النيابى فى البت فى مشروعات القوانين المستعجلة بأن إنقضى على طرحها عليه أربعون يوماً دون البت فيها ، حتى للسلطة التنفيذية أن تصدر مرسوماً بتنفيذها وذلك بعد موافقة مجلس الوزراء . هذا مع ملاحظة أنه يجب أن يكون المجلس النيابى فى دور انعقاد سواء عادى أو غير عادى طوال مدة الأربعين يوماً حتى يتمكن من البت فى المشروع المستعجل .

ولكن يحق التساؤل عن الطبيعة القانونية لمشروعات القوانين المستعجلة . لا جدال أن هذا التساؤل لا يثار إذا ما تحقق البت فيها من المجلس النيابى خلال المدة المعينة، إذ تدخل هذه المشروعات فى عداد القوانين شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر . أما فى حالة صدورها بمرسوم من قبل السلطة التنفيذية عند إنقضاء المدة المعينة دون البت فيها ، فإن القضاء الإدارى اللبائى قد اعتنق المعيار الموضوعى بأن أضفى على هذه المراسم بعد نشرها «الصفة التشريعية الأكيدة» التى تتمتع بها القوانين . ومن ثم قرر مجلس شورى الدولة عدم جواز الطعن فيها بالإلغاء (١) ، وذلك على خلاف المراسم

(١) قرار ١١٩٨ تاريخ ١٩٦٢/١٢/٦ رقم الدعوى ٦١٦ - ٦١ المجموعة الإدارية السنة السابعة ص ١٢٣ .
قرار ٧٢٥ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣١ رقم الدعوى ٢٥٣ - ٥٩ المجموعة الإدارية السنة السابعة ص ٧١ .

العامة الأخرى الصادرة عن السلطة التنفيذية التي يحق للمجلس اللبناني إبطالها بسبب تجاوز حد السلطة (١) .

موقف دستور المملكة الأردنية الهاشمية من اللوائح : إلى جانب اللوائح التنفيذية السابق الإشارة إليها والتي قررتها المادة ٣١ من الدستور، قرر الدستور الأردني للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات الضرورة (٢) التي أطلق عليها القوانين المؤقتة وذلك أثناء غياب البرلمان . فلقد نصت المادة ٩٤ المعدلة بتاريخ ٤ مايو عام ١٩٥٨ على أنه « ١ - عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحل يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام هذا الدستور قوة القانون على أن تعرض على المجلس في أول إجتماع يعقده والمجلس أن يقر هذه القوانين أو يعدلها ، أما إذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة . ٢ - يسرى مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسرى فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من هذا الدستور » (٣)

وهكذا يشترط لممارسة السلطة التنفيذية عند إصدار تشريعات الضرورة مراعاة الشروط التالية :

-
- (١) محسن خليل : القضاء الإداري اللبناني ص ٢٥٧ - ٢٦٠ .
 - (٢) يرى جانب من الفقه المصري أنه يتعين التفرقة بين تشريعات الضرورة وهي التي تصدرها السلطة التنفيذية عادة بين أحوار إنقضاء المجلس التشريعي أو فترة سله وتكون لها قوة القانون أي قوة الناء أو تمديد القوانين القائمة ، وبين لوائح الضرورة التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الظروف الاستثنائية كقيام حرب أو قننه أو إضرابات .
 - محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي . المجلد الثاني ١٩٦٣ - ١٩٦٤ ص ١١٥٦ وما بعدها .
 - (٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣ على أن يسرى مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومورور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسرى مفعوله من تاريخ آخره .

— يجب ألا تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات التي يكون لها قوة القانون أثناء انعقاد البرلمان صاحب الاختصاص التشريعي الحقيقي ، وإنما يقتصر إصدارها أثناء غياب البرلمان . أى فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ، أو أثناء فترة تأجيل انعقاده ، أو أثناء فترة حل مجلس النواب (١) . وهو ما عبرت عنه المادة ٩٤ من الدستور «عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحل» .

— لا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار التشريعات المؤقتة إلا في أحوال الضرورة ، تلك الأحوال التي توجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير لحين عودة البرلمان . وتقدير حالات الضرورة متروك أمره إلى السلطة التنفيذية وذلك تحت رقابة البرلمان عند انعقاده .

— يجب أن تطابق أحكام تشريعات الضرورة الدستور بألا تخالفه ، مما يعمل على سيادة مبدأ المشروعية وعدم الإخلال به في هذه الأحوال .

— يتعين أن تعرض تشريعات الضرورة في أول إجتماع يعقده مجلس الأمة عند انعقاده في دوره العادي سواء بعد عطلة السنوية إن كان المجلس قائماً أو عند انعقاده الجديد إن كان مجلس النواب في حالة حل أو عند إنهاء الفصل التشريعي . دون إشتراط مدة معينة يتعين فيها عرض هذه التشريعات بعد صدورها على مجلس الأمة أو ضرورة دعوة المجلس للإنعقاد في دور غير عادي لعرضها عليه .

— لمجلس الأمة الحرية الكاملة لإزاء هذه التشريعات ، إذ له حق إقرارها كما هي وحق تعديلها أو حق رفضها . وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين بطلانها

(١) يتكون مجلس الأمة الأردني من مجلسين هما : مجلس النواب الذي يتألف جميعه بالإنتخاب (المادة ١٧) ومجلس الأعيان الذي يتم تكوينه بالتعيين (المادة ٣٦) .
هذا مع ملاحظة أن حق الحل قاصر على مجلس النواب دون مجلس الأعيان الذي توقف جلساته حتى حل المجلس الأول (الفقرة الثانية من المادة ١٦) .

فوراً من تاريخ إعلان هذا الإعلان الذى يتختم على مجلس الوزراء والملك القيام به . ومن ثم فلا يكون لزوال أو تعديل تشريعات الضرورة من أثر رجعى .

على أنه يحق التساؤل عن طبيعة تشريعات الضرورة ، هل تعتبر قرارات إدارية على اعتبار صلوها من السلطة التنفيذية ؟ يبدو أن المشرع الدستورى قد أراد إعتناق المعيار الموضوعى لا الشكلى بالنسبة لها . ودليل ذلك أنه قد عاملها معاملة القوانين العادية ، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٤ التى قضت بأنه يسرى مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التى يسرى فيها مفعول القوانين . حتى أنه قد أطلق عليها عبارة القوانين على الرغم من صلوها من السلطة التنفيذية .

موقف دستور المملكة الليبية من اللوائح : إلى جانب حق السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح التنفيذية طبقاً لنص المادة ٦٣ من الدستور . نصت المادة ٧٤ على أن «الملك ينشئ المصالح العامة» ، الأمر الذى يؤدى إلى القول بأن اختصاص السلطة التنفيذية لا يقف عند حد إصدار اللوائح الخاصة بتنظيم المرافق العامة بل يتعدى ذلك إلى إنشاء هذه المرافق التى يمكن صلوها بلوائح دون إشراف أن يكون الإنشاء بقانون والتنظيم بلائحة .

كذلك نص الدستور على تشريعات الضرورة ، بأن قضت المادة ٦٤ «إذا طرأت أحوال إستثنائية تتطلب تدابير مستعجلة ولم يكن مجلس الأمة منعقداً فللملك الحق أن يصدر بشأنها مراسيم يكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور . وتعرض هذه المراسيم على مجلس الأمة فى أول إجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون» .

وإذا كانت المادة السابقة قد انصفت مع المادة ٩٤ من الدستور الأردنى على إصدار تشريعات الضرورة التى يكون لها قوة القانون بشرط أن تكون موافقة لأحكام الدستور وذلك فى أحوال الضرورة على أن تعرض على

مجلس الأمة (١) في أول إجتماع له . فانه لم ينص على صدور مراسيم الضرورة في حالة حل مجلس النواب كزميله الأردني بل اكتفى بعبارة إذا لم يكن مجلس الأمة «منعقداً» . على أن عدم الإنعقاد يدل في حقيقة الأمر على حالة غياب البرلمان سواء كان ذلك فيما بين أدوار إنعقاده أو أثناء فترة تأجيل إنعقاده وكذلك خلال فترة حل مجلس النواب (٢) .

هذا ولم يستلزم دستور المملكة الليبية ضرورة إعلان السلطة التنفيذية بطلان تشريعات الضرورة إذا لم يقرها البرلمان، وهو ما قضى به الدستور الأردني ، إذ تسقط هذه التشريعات عند عدم الإقرار البرلماني لها أو عند عدم عرضها في أول إجتماع للبرلمان ولا يكون لزوالها من أثر رجعي .

ويبدو أن تشريعات الضرورة هنا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية طبقاً للمعيار العضوي ما دامت صادرة من السلطة التنفيذية . وهو المعيار الأساسي في ظل الوضع التقليدي، حتى أن المشرع الدستوري قد أطلق عليها عبارة «مراسيم» . وهو ما يختلف والقوانين المؤقتة في ظل دستور المملكة الأردنية الهاشمية .

موقف دستور دولة الكويت من اللوائح : لما كان دستور دولة الكويت

قد عمل على تسجيل مبدأ الفصل بين السلطات على نحو صريح في المادة ٥٠ «بدلاً من تقريره دلالة من واقع الأحكام الخاصة بالسلطات العامة ، وذلك دفعاً لكل خلاف أو جدل حول هذا المبدأ» . فإن هذا الدستور قد منع تفويض السلطة كأصل عام ، أي نزول أي من السلطات الثلاثة عن كل أو عن بعض إختصاصها المنصوص عليه في الدستور . وبالذات منع تنازل السلطة التشريعية عن كل إختصاصها أو بعضه للسلطة التنفيذية كي تتولاه بلوائح

(١) يتكون مجلس الأمة الليبي من مجلسين : مجلس الشيوخ الذي يتألف من أربعة وعشرين عضواً بينهم الملك ، ومجلس النواب الذي يتألف جميعه من أعضاء منتخبين . (المواد ٩٣ ، ٩٤ ، ١٠٠) .

(٢) حق الحل في الدستور الليبي يقتصر على مجلس النواب دون مجلس الشيوخ .

من عندها . على أن المذكرة التفسيرية للمستور قد أجازت مع ذلك التفويض في مسائل معينة بالذات ولظرف خاص «وفي هذه الحالة قد يبين هذا القانون بعض التوجهات أو الأحكام الرئيسية التي يجب أن تلتزمها الحكومة في ممارسة هذا الحق ، كى لا يتعارض نص هذه المادة مع (قوانين السلطة التامة) حيث تقتضى ضرورة استثنائية أن تعهد السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر هام معين في حملته ، كواجهة أزمة نقدية أو إقتصادية أو عسكرية مثلا . وحكمة الحظر المنصوص عليه في هذه المادة الرغبة في مقاومة ما لوحظ من ميل المجالس التشريعية أحيانا إلى ترك مهمة التشريع في عدد متزايد من الأمور للسلطة التنفيذية مما يمس جوهر الشعبية في أخص شيء وأقره لصميم السيادة وهو التشريع » (١) .

وعلاوة على تقرير حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التنفيذية التي قررتها المادة ٧٢ من المستور ، نصت المادة ٧٣ على أن «يضع الأمير ، بمراسيم ، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين» .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان يحق للسلطة التنفيذية أن تصدر اللوائح التنفيذية بمراسيم أو بأداة أدنى من المرسوم إذا عن القانون ذلك ، فانه يبدو من مقابلة نص المادة ٧٢ مع نص المادة ٧٣ أنه لا يجوز أن تصدر لوائح الضبط واللوائح التنظيمية اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة إلا بمراسيم . وذلك طبقاً لصريح نص المادة ٧٣ التي قررت أن «يضع الأمير بمراسيم » اللوائح سالفة الذكر دون أن تجيز إمكان الإصدار بأداة أدنى من المرسوم كما فعلت المادة ٧٢ بالنسبة للوائح التنفيذية . وربما كان السبب في ذلك ما يمتاز به لوائح البوليس من طبيعة خاصة ، إذ تعمل هذه اللوائح على تقييد الحريات الفردية لحفظ الأمن والسكنية وحماية الصحة العامة . وكذلك ما يمتاز به اللوائح التنظيمية من أهمية خاصة ما دام أنها تعمل على تنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارات العامة .

(١) المذكرة التفسيرية للمستور دولة الكويت .

هذا مع ملاحظة أن اللوائح الخاصة بالمرافق العامة إنما تنصرف على التنظيم دون الإنشاء الذي يتعين أن يكون بقانون (١) .

كما أعطى دستور دولة الكويت للسلطة التنفيذية في المادة ٧١ حق إصدار تشريعات الضرورة التي تصدر أثناء غيبة البرلمان أى أثناء أدوار إنعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ، فإذا حدث أثناء ذلك «ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون ، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية . ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صلوها ، إذا كان المجلس قائماً ، وفي أول إجتماع له في حالة الحل أو إنتهاء الفصل التشريعي ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخره .

وبذلك يختلف دستور دولة الكويت مع دستوري المملكة الليبية والمملكة الأردنية الهاشمية من ناحية المدة التي يتعين معها عرض تشريعات الضرورة على البرلمان . إذ نص الدستور الكويتي على ضرورة العرض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صلبور هذه التشريعات إن كان مجلس الأمة قائماً وفي أول إجتماع له إذ كان في حالة حل أو عند إنتهاء الفصل التشريعي ، بينما اكتفى دستوراً المملكة الليبية والمملكة الأردنية الهاشمية بالعرض في أول إجتماع يعقده البرلمان في جميع الحالات سواء أكان البرلمان قائماً أو في حالة حل أو عند إنتهاء الفصل التشريعي .

(١) مل خلاص ذلك دستور المملكة الليبية حيث نصت المادة ٦٣ مل أن الملك ينشئ المصالح العامة .

كذلك اختلف دستور دولة الكويت مع الدستوريين الآخرين من ناحية الأثر الرجعي لزوال القوة القانونية لهذه التشريعات الذي نص عليه الدستور الأول إذا لم تعرض على مجلس الأمة أو إذا لم يقرها هذا المجلس إلا إذا رأى المجلس إعياد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر . بينما قرر الدستوران الآخران زوال أثرها القانوني من تاريخ إعلان بطلانها الذي يتم بواسطة مجلس الوزراء والملك بعد عدم موافقة البرلمان عليها في دستور المملكة الأردنية الهاشمية، ومنذ عدم إقرار البرلمان لها أو عدم عرضها عليه في دستور المملكة الليبية .

مواقف الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة من اللوائح :
على الرغم من تأييد هذا الدستور ، فإنه قد عمل على تنظيم حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح .

فلرئيس الجمهورية حق إصدار اللوائح التنظيمية لترتيب المصالح العامة (المادة ١٢١) حيث يكون له التنظيم من دون الإنشاء الذي يعنى أن يكون بقانون ، وكذلك حق إصدار لوائح الضبط (١)، واللوائح اللازمة لتنفيذ

(١) لم يتضمن دستور ١٩٢٣ المصرى نصاً ينول السلطة التنفيذية إصدار لوائح الضبط .
إزاء ذلك إنقسم الفقه المصرى حول حق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح . فذهب غالبية الفقه إلى إعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق على أساس العرف :

السيد صبرى : مبادئ القانون الدستوري ١٩٤٩ ص ٤٧٠ .
وحيد رأفت : مذكرات في القانون الإداري ١٩٣٧ - ١٩٣٨ ص ٤٠٨ .

محمد زهير جرائة : مبادئ القانون الإداري ١٩٤٤ ص ٢٠٤ .
وإن كان جانب من الفقه قد رأى خلاف ذلك إذ حتم تدخل السلطة التشريعية أولاً في هذا الخصوص بإصدارها قوانين منظمة لهذه المسائل وتنفيذاً لها بحق السلطة التنفيذية إصدار هذه اللوائح.

محمد نؤاد مهنّا : دروس في القانون الإداري المصرى ١٩٤٦ ص ٣٩٠ - ٣٩١ .
هذا ويلاحظ كذلك سكوت الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ عن النص على حق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح . ولما كانت لوائح الضبط تفرض القيود على الحريات الفردية لحفظ الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة ، فإن اتفاق مع الرأي القائل بضرورة تنظيم ذلك بقوانين تصدرها السلطة التشريعية بحيث يقتصر اختصاص السلطة التنفيذية في هذا الخصوص على إصدار لوائح تنفيذية لهذه القوانين .

عمن خليل : النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ٤٦٩ - ٤٧٠ .

القوانين (١) وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه (المادة ١٢٢) ، وحق إصدار اللوائح التفويضية (٢) إذ نصت المادة ١٢٠ على أن «لرئيس الجمهورية، في الأحوال الإستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها» . وأخيراً نصت المادة ١١٩ من الدستور على تشريعات الضرورة التي يصدرها رئيس الجمهورية ويكون لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو أثناء فترة حله وذلك إذا حدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، على أنه يجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول إجتماع له في حالة الحل . فإذا لم تعرض ، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الإعراض» .

موقف دستور الجمهورية التونسية من اللوائح: إذا كان هذا الدستور قد عمل كأصل عام على تخصيص المجال التشريعي للهيئة التشريعية بأن نص الفصل الثامن والعشرون على أن «مجلس الأمة هو الذي يمارس السلطة التشريعية»، فانه قد عمل على توسيع المجال اللامحي للسلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية دون وضع ضوابط محددة لممارسة هذا الحق ، مما يؤدي إلى الإخلال بالمبادئ التقليدية لعلاقة القانون باللائحة .

(١) لم يتضمن الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ نصاً خاصاً باللوائح التنفيذية ، على أنه يحق لرئيس الجمهورية في ظل هذا الدستور المؤقت إصدار هذه اللوائح إستناداً على العرف .
عسن خليل : النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ٦٨ - ٦٩ .
(٢) لم ينص كل من دستور ١٩٢٣ والدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ على حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التفويضية ، الأمر الذي يصعب معه التسليم لها بهذا الحق .

وحق بالنسبة للوائح التنفيذية ، اكتفى هذا الدستور بالنص على أن
«رئيس الجمهورية يسهر على تنفيذ النصوص التشريعية» دون وضع ضوابط
محددة لمدى تبعية اللوائح التنفيذية للقوانين .

ثم أطلق الدستور التونسي حق رئيس الجمهورية في التشريع في حالة
الظروف الإستثنائية أى «في حالة خطر مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد
وإستقلالها بحيث يتعذر سير دواليب الدولة الطبيعي» إذ يكون له «إتخاذ
ما تحتمه الظروف من تدابير إستثنائية تزول بزوال أسبابها ويرسل رئيس
الجمهورية بياناً في ذلك إلى مجلس الأمة» (الفصل الثاني والثلاثون من الدستور).
دون بيان إلى من يرجع تقدير حالة الخطر التى تهدد كيان البلاد وأمنها
وإستقلالها ، وإن كان يبدو من نص المادة الدستورية أن لرئيس الجمهورية
وحده هذا الحق الذى يكون له بمقتضاه إتخاذ ما يراه من تدابير إستثنائية
ينفرد باصدارها دون أدنى رقابة عليه إلا العلم بها حينما يرسل الرئيس بياناً
في ذلك إلى مجلس الأمة الذى يقتصر دوره على مجرد العلم دون مناقشة
أو رقابة عليها .

كذلك أطلق الدستور لرئيس الجمهورية حق التشريع خلال عطلة
مجلس الأمة . على أنه يصعب وصف هذه التشريعات بتشريعات الضرورة لأنها
لا تواجه فقط حالة الضرورة التى لا تحتمل التأخير ، بل تواجه جميع الأحوال
سواء العادية أو الضرورية . فلقد نص الفصل الحادى والثلاثون من الدستور على
أن «لرئيس الجمهورية أن يتخذ خلال عطلة المجلس باتفاق مع اللجنة القارة
المختصة مراسيم يقع عرضها على مصادقة المجلس في دورته العادية المقبلة» .
وإذا كان لرئيس الجمهورية حق التشريع على إطلاقه أثناء عطلة المجلس
التيابى سواء بالنسبة للتشريعات العادية أو لتشريعات الضرورة ، فإن المادة
الدستورية علاوة على ذلك لم تنص على مدة معينة يتحتم خلالها عرض هذه
المراسيم على المجلس التيابى . إذ إكتفت بالعرض خلال دورة المجلس العادية
المقبلة ، كما لم تنص على مصير هذه المراسيم وما إذا كان المجلس التيابى يملك

حق رفضها وما إذا كان مفعولها في هذه الحالة يزول بأثر رجعي أم بأثر حال . ذلك أن المادة الدستورية قد اكتفت بالنص على عرض هذه المراسيم على مصادقة المجلس النيابي .

وعند وجود مجلس الأمة ، قرر الدستور في الفقرة الثانية من الفصل الثامن والعشرين إمكان التفويض إذ «للمجلس الأمة أن يفوض لمدة محدودة ولغرض معين إلى رئيس الجمهورية إتخاذ مراسيم تعرض على مصادقة المجلس بعد إنقضاء المدة المذكورة» . دون اشتراط أن يعين قانون التفويض موضوعات المراسيم التفويضية ، إذ اكتفت المادة الدستورية بأن يكون التفويض «لغرض معين» .

والحقيقة أن موقف الدستور التونسي من اللوائح ، لم يقرر الضوابط اللازمة التي تضمن تنظيم أعمال التشريع الحكومي عند مباشرته على نحو يتسق وما يحلله الوضع التقليدي في هذا الخصوص . الأمر الذي يؤدي إلى القول أن المشرع الدستوري ربما قد أراد بذلك تحرير يد السلطة التنفيذية على حساب اختصاص السلطة الأصيلة في ميدان التشريع ، ألا وهي السلطة التشريعية .

وهكذا يتضح مدى اختلاف موقف الدستور التونسي عن باقي دساتير الدول العربية الأخرى السابق بيانها ، وإن كان الدستور الأول قد اعتنق مع ذلك كأصل عام النهج التقليدي الذي قرره دساتير هذه الدول .

وإذا كان الدستور التونسي قد أراد تحرير السلطة التنفيذية من بعض قيود الوضع التقليدي في ميدان اللوائح ، فإن هناك دولة عربية قد أرادت التحرر التام من هذا الوضع بما يحلله من مبادئ وقيود ، تلك هي المملكة المغربية .

فلقد سائر دستور هذه الدولة الأخيرة الوضع الجديد لعلaque القانون باللائحة الذي أتى به دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية إلى حد قد يشبه التطابق في هذا الخصوص .

المبحث الثاني

الوضع الجديد لعلاقة القانون باللائحة

عمل الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة على تشييد نظام سياسي جديد يختلف في بنيانه عن النظام السابق عليه (١) .

فبعد سيادة النظام البرلماني التقليدي طوال عهد الجمهورية الثالثة والرابعة ، عمل دستور ٤ أكتوبر عام ١٩٥٨ على تطوير هذا النظام ومبادئه الخاصة في ميدان السلطة التنفيذية . وربما كان السبب الدافع إلى ذلك الضعف الذي إنتاب السلطة التنفيذية في عهد الجمهورية الرابعة ، مما كان له أسوأ الأثر على الحياة السياسية بأكملها .

لذلك عمل الدستور الفرنسي الجديد على تقوية السلطة التنفيذية ، حتى تفرقت هذه السلطة على زميلتها الأخرى في ميدانها الأصيل ألا وهو الميدان التشريعي .

وتمثل التطور الجديد للنظام البرلماني ، علاوة على تقوية السلطة التنفيذية كأصل عام ، في إختلال نظام ثنائية الجهاز التنفيذي حيث أصبح لرئيس الدولة الدور الرئيسي الفعال بعد أن كانت الوزارة في ظل النظام البرلماني التقليدي السابق تتمتع بهذا الدور . لذلك أعلن جانب من الفقه (٢) أن دستور

Rivero : Regard sur les institutions de la V^e République. D, Chr. 1958. (١)
P. 259 et S.

Berlia Essai sur la cinquième République, R. D.P. 1961. P. 1157 et S.
Giraud: La constitution du 4 Octobre 1958 et la pratique de cette constitution. R.D.P.
1961. P. 1006.

Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8^e édit. 1965. P. (٢)
512. et S. .

“ : La VI^e République et le régime présidentiel. 1961. ”

الجمهورية الخامسة قد نزع نحو النظام الرئاسى حتى بات نظام ثنائية الجهاز التنفيذي مجرد واجهة شكلية يتناهى فى موضوعه مع طبيعة النظام البرلمانى (١)

وكان من أثر تقوية السلطة التنفيذية ، أن إهتزت علاقة القانون واللائحة حتى تغيرت تلك الرابطة تغيراً تاماً عما كانت عليه فى ظل الوضع التقليدى .

فبعد أن كانت القاعدة التقليدية تقرر الإختصاص المطلق للبرلمان فى ميدان الوظيفة التشريعية والإختصاص المحدد لللائحة ، قلب الدستور الجديد هذه القاعدة حتى غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة فى ميدان التشريع وأصبح إختصاص البرلمان على سبيل الحصر والتحديد .

وإذ أصبحت السلطة التنفيذية المشرع العادى والسلطة التشريعية المشرع الإستثنائى ، انقلب الوضع الذى يربط القانون باللائحة حتى اعتبرت اللائحة هى الأصل والقانون هو الإستثناء فى ميدان التشريع . ولقد كشف نطاق القانون واللائحة فى ظل الوضع الجديد عن تغير فى مدلول الديمقراطية التقليدية القائمة على مبدأ فصل السلطات سواء فى معناه المطلق أو النسبى ، ما دام أن السلطة التنفيذية قد أصبحت صاحبة الولاية العامة بالنسبة للوظيفة التنفيذية والتشريعية على حد سواء .

وانتهى الأمر بعدم التمسك بمبدأ سيادة الأمة بمعناه التقليدى السابق ، على الرغم من تمسك مقدمة الدستور الجديد بإعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩ وكذلك بمقدمة دستور عام ١٩٤٦ حيث قررت أن الشعب الفرنسى يعلن رسمياً تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادئ سيادة الأمة التى حددها لإعلان عام ١٧٨٩ والتى أكدتها وأكملتها مقدمة دستور ١٩٤٦ . ذلك أن البرلمان

(١) ومع ذلك فإن طبيعة نظام الحكم الذى أتى به دستور الجمهورية الخامسة يتصف فى نظرى بالنظام البرلمانى مع تطويره بالنسبة للسلطة التنفيذية :

محسن خليل : النظم السياسية ١٩٦٧ ص ٣٩٤ - ٣٩٦ .

لم يصبح الأداة الوحيدة المعبرة عن إرادة الأمة (١) نتيجة المساس بالنظام النيابي على أثر إعتناق بعض مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة التي تمثلت : في الإستفتاء الدستوري عند القيام بتعديل الدستور، وفي الإستفتاء التشريعي الذي تقرر بالنسبة لبعض مشروعات القوانين التي يكتفى فيها بالموافقة الشعبية دون الحاجة إلى إقرار البرلمان لهذه المشروعات . لذلك قرر الدستور في الفقرة الأولى من المادة الثالثة أن «سيادة الأمة ملك للشعب ، وهو يمارسها بواسطة نوابه وعن طريق الإستفتاء» مما يؤدي إلى المزج بين مبدأ سيادة الأمة ومبدأ سيادة الشعب الذي يفسره البعض «بمخضوع النظرية للواقع» (٢) .

نطاق القانون في ظل الوضع الجديد :

انقلبت القاعدة التقليدية في ظل الوضع الجديد بالنسبة لنطاق القانون واللائحة ، إذ إنكمش نطاق القانون وانطلق نطاق اللائحة . حتى أصبح نطاق القانون على سبيل التعيين والحصر بحيث لا يمكن للبرلمان أن يشرع في غير ما حدد له من موضوعات ، وأصبح في الإمكان أن تشرع اللائحة فيما عدا ذلك من الموضوعات بحرية وإنطلاق . حتى أنه يصعب في نظري إطلاق عبارة السلطة التشريعية على البرلمان . ما دام أن هذا الأخير لم يعد صاحب الوظيفة التشريعية على نحو أساسي أصيل .

ويتضح النطاق المحدد للقانون من نص المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي التي عدلت وعينت على سبيل الحصر ما يختص به البرلمان من التشريع . فلقد قررت هذه المادة أن إقرار القانون يكون للبرلمان ، ويحدد القانون القواعد التي تتعلق بالمسائل الآتية :

— الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. (١)
R.D.P. 1959. P. 263.

A. Hauriou : Droit constitutionnel et Institutions politiques 1966. (٢)
P. 303.

الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين في أشخاصهم وفي أموالهم للدفاع الوطني .

– الجنسية ، وحالة الأشخاص وأهليتهم ، والنظم المالية للزواج ، والتركات والتبرعات .

– تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو الشامل وإنشاء قواعد جديدة للتقاضى ونظام القضاء .

– وعاء الضرائب المختلفة الأنواع ومقدارها وطرق تحصيلها ، ونظام إصدار النقد .

– نظام الانتخاب للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية .

– إنشاء فئات من المؤسسات العامة .

– الضمانات الأساسية لموظفي الدولة المدنيين والعسكريين .

– تأميم المشروعات ، ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص .

المبادئ الأساسية التي تخص :

(أ) التنظيم العام للدفاع الوطني .

(ب) إدارة الهيئات المحلية وإختصاصاتها ومواردها .

(ج) التعليم .

(د) نظام الملكية والحقوق العينية والإلتزامات المدنية والتجارية .

(هـ) حق العمل والحق النقابي والضمان الإجتماعى .

وتحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي يبينها قانون أساسى . وتحدد قوانين تخطيطية أهداف النشاط الإقتصادى والإجتماعى للدولة .

هذا ويجوز أن تحدد وتستكمل أحكام هذه المادة بقانون أساسي (١) .

وقد لاحظ الفقيه « Waline » أنه علاوة على عيوب الصياغة التي شابت المادة السابقة حيث أضفت عليها عدم الوضوح الكافي لتحديد نطاق القانون (٢) ، فإن هذه المادة قد ورد بها تعبير « الضمانات الأساسية » و« المبادئ الأساسية » فإ هو المقصود بذلك ؟ وهل هناك ضمانات ومبادئ أساسية وأخرى غير أساسية ؟ لا جدال أنه يتعين التفرقة بين ما هو أساسي وغير أساسي في هذا الخصوص لتحديد دائرة القانون الذي يقتصر على الأمر الأول وحده . ولا يخفى ما يؤدي ذلك إلى خلافات لا نهاية لها قد تعمل على تشغل مجلس الدولة من ناحية والمجلس الدستوري من ناحية أخرى ، وقد يزداد الأمر تعقيداً إذا ما اختلف المجلسان حول هذا التكييف (٣) . حقيقة إن قرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة للسلطات العامة ولجميع

(١) القوانين الأساسية « Lois organiques » تختلف من القوانين البرلمانية العادية « Lois parlementaires ordinaires » من ناحية أن القوانين الأولى تخضع لإجراءات خاصة من حيث مناقشتها والتصويت عليها داخل البرلمان تختلف في أوضاعها عن الإجراءات المقررة للقوانين الثانية . علاوة على ضرورة عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها على المجلس الدستوري كي يقرر مطابقتها للدستور ، هذا العرض الذي يكون جوازيماً إذ يتحقق بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من المجلسين النيابيين وذلك بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية .

أنظر المادة ٤٦ من الدستور التي حددت الإجراءات الخاصة بالقوانين الأساسية .

وأنظر في شرح القوانين الأساسية من ناحية معناها ونطاقها :

Sirat : La loi organique et la constitution de 1958. D. 1960, chr. P. 153.

Rousset : La loi organique dans la constitution de 1958, S. 1960, chr. I.

De Soto : La loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958.

R. D. P. 1959 P. 274 — 275.

Pierre Stillmunkes : La Classification des actes ayant force de loi en droit public français, R.D.R. 1964, P. 273 et S.

(٢) أنظر كذلك في نقد المادة ٣٤ من الدستور :

Jean L' Huillier : La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la constitution du 4 Octobre 1958. D. 1959, Chr. P. 173 et S.

Waline: Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution (٣) de 1958, R.D.P. 1959, P. 714.

السلطات الإدارية والقضائية ، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من الدستور ، إلا أن أمر الخلاف قد لا ينتهى إذا ما طعن أمام مجلس النوبة بمناسبة بعض اللوائح الأخرى التي لم تكن مثاراً لتدخل المجلس الدستوري كما سيؤدى إلى تضارب قضائى لا حده .

وعلاوة على التعداد الذى أوردته المادة ٣٤ من الدستور ، نصت بعض مواد أخرى على مسائل يتعين صدورها بقانون : كـ بعض المعاهدات التى لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون (١) وكانشاء الوحدات الإقليمية الجديدة (٢) ، وكتحديد وتغيير التنظيم الخاص بأقاليم ما وراء البحار (٣) .

وإذ حدد الدستور نطاق القانون ، قررت المادة ٣٧ حق السلطة التنفيذية فى التشريع فيما عدا المسائل الداخلة فى نطاق القانون .

فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧ على أن «المواد التى لا تدخل فى نطاق القانون تكون لها صفة لائحة» وتصدر السلطة التنفيذية فى باقى هذه المسائل لوائح تسمى باللوائح المستقلة «Reglements Autonomes» (٤) كدليل عن استقلالها عن نطاق القانون .

(١) تنص المادة ٥٢ من الدستور على أن معاهدات الصلح والتجارة ، والمعاهدات أو الإتفاقات الخاصة بالتنظيم الدول والمعاهدات التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو التى يكون فيها تمثيل فـنـصـرـص ذات الطبيعة التشريعية وتلك الخاصة بحالة الأشخاص والمعاهدات التى تقضى بالزول عن أراضى أو إبدال أخرى بها أو ضمها لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون .

(٢) تنص المادة ٧٢ من الدستور فى فقرتها الأولى على أن الوحدات الإقليمية فى الجمهورية هى البلديات والمقاطعات وأقاليم ما وراء البحار . وكل وحدة إقليمية أخرى تنشأ بقانون .

(٣) تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن يكون لأقاليم ما وراء البحار فى الجمهورية نظام خاص تراعى فيه مصالحها الخاصة فى نطاق مصالح الجمهورية . ويحدد هذا النظام ويعدل بقانون بعد إستشارة الجمعية الإقليمية المختصة .

(٤) يلاحظ أن اللوائح المستقلة التى تصدر تبعاً لنص المادة ٣٧ من الدستور لا تترادف تلك اللوائح التى يطلق عليها ذات التسمية ويحدد نطاقها فقط فى لوائح الضبط ولوائح تنظيم المرافق العامة .

على أنه إذا كانت المادة ٣٤ من الدستور قد حددت نطاق القانون ،
بينما أطلقت المادة ٣٧ من نطاق اللائحة . فليس هناك من فيصل دقيق يرسم
نطاق كلا منهما (١) ، وذلك نظراً لعدم الوضوح الذي شاب تعيين وتحديد
نطاق القانون .

ويثار التساؤل عن كيفية تعديل القوانين الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ ،
والتي خرجت بمقتضى هذا الدستور عن نطاق القانون ودخلت بالتالى فى
نطاق اللوائح المستقلة ؟ .

لا جدال أن القوانين الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ والتي ما زال لها
هذه الصفة بالتطبيق لأحكام المادة ٣٤ لا يمكن تعديلها إلا بقانون . أما
تلك القوانين الصادرة قبل الدستور والتي خرجت من نطاق القانون ودخلت
بالتطبيق لأحكام الدستور فى نطاق اللوائح المستقلة ، فانه يجوز تعديلها
بمرسوم تصدره السلطة التنفيذية بعد أخذ رأى مجلس الدولة وذلك بمقتضى
الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من الدستور . فكأن الدستور الجديد قد نزع
عن هذه القوانين صفتها وأنزلها إلى منزلة المراسيم « délégués » مما
يؤدى إلى إمكان تعديلها بذاة الأداة (٢).

هذا ولقد حرص المشرع الدستورى على الزام البرلمان بعدم مجاوزة
حده . وذلك بعدم التشريع فى غير النطاق المحدد للقانون ، وبعدم اعتدائه
بالتالى على نطاق اللائحة . ويمكن التوصل إلى ذلك بطرق متعددة :

الطريق الاول : هو الذى رسمته المادة ٤١ من الدستور . ويقضى بأنه
إذا ظهر أثناء الإجراءات التشريعية أن إقتراحاً أو تعديلاً يخرج عن نطاق

(١) Léo Hamon : Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une
frontière. D. 1960 chr. P. 253.

Jean L'Huilier : La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans
la constitution du 4 Octobre 1958. D. 1959. chr. P. 173 et S.

(٢) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 72.

القانون، فللحكومة أن تدفع بعدم قبوله . وفي حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس النيابي المنظور أمامه هذا الإقتراح أو التعديل ، يحال أمر الخلاف بناء على طلب أى من الطرفين خلال ثمانية أيام إلى المجلس الدستوري كى يفصل فيه .

اما الطريق الثاني الذى يمكن سلوكه ، فانه يتمثل فى إمكان الطعن فى دستورية القوانين التى يقرها البرلمان فى غير النطاق المحدد لها أمام المجلس الدستوري . هذا الطعن الذى يتم قبل إصدار القوانين والذى يحق أن يأشره رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أى من المجلسين النيابيين . فاذا أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية هذه القوانين بمخالفتها النطاق الذى حدده الدستور لها ، إستحال إصدارها ووضعها بالتالى موضع التطبيق على إعتبار أن قرارات هذا المجلس ملزمة لجميع السلطات العامة ونهائية بحيث لا يمكن الطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن (١) . وهكذا يكفل طريق الطعن العام فى دستورية القوانين الذى يتم أمام المجلس الدستوري قبل إصدار القوانين ، إلزام البرلمان بالتشريع فى الحدود التى عينها الدستور للقانون دون غيرها ، وإلا ترتب عدم إصدار القانون وعدم تطبيقه بالتالى.

واخيرا يظهر الطريق الثالث : إذا لم يتحقق أى طريق من الطريقين السابقين . ويتمثل هذا الطريق الأخير فى إمكان تعديل القوانين التى يكون لها الصفة اللائحية بواسطة مراسيم تصدرها السلطة التنفيذية بشرط أن يقر

(١) يمارس المجلس الدستوري رقابته على دستورية القوانين قبل إصدارها ، ويقطع عرض القانون على المجلس مدة الإصدار المنصوص عليها فى الدستور . ويتمين أن يبدى المجلس الدستوري رأيه فى القانون المروض عليه فى مدى شهر والحكومة أن تطلب فى حالة الإستقبال قصر هذه المدة على ثمانية أيام . هذا مع ملاحظة - كما سبق وذكرنا - أن العرض على المجلس الدستوري وجوبيا للنسبة لقوانين الأساسية وجوازي بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية حيث يحق لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو لرئيس أى من المجلسين النيابيين إجراء ذلك . (المادتان ٦١ ، ٦٢ من الدستور) .

لها المجلس الدستوري الصفة اللاحقة وذلك قبل إجراء هذا التعديل ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من الدستور (١) .

الانتقاص من وظيفة البرلمان بالنسبة لبعض القوانين : إلى جانب تعيين وتحديد المجال التشريعي للبرلمان ، عمل الدستور إلى الحد من اختصاص البرلمان بالنسبة لبعض القوانين . فبالنسبة للقوانين المالية ، قررت المادة ٤٠ من الدستور أنه لا تقبل الإقتراحات بقوانين والتعديلات المقدمة من أعضاء البرلمان إذا كانت نتيجة الموافقة عليها تخفيضاً في الإيرادات العامة أو زيادة في المصروفات العامة . كما لا يحق للجان المالية البرلمانية أن تتدخل في أمر تخصيص الميزانية وتوزيعها على الأبواب المختلفة ، ذلك أن هذا الحق يقتصر على الحكومة وحدها .

ولم يكتف الدستور بذلك بل عمل على تقييد البرلمان بمدة زمنية معينة يتحتم خلالها التصويت على الميزانية إذا كان البرلمان منعقداً في دورته . فلقد قررت الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ أنه إذا لم يتخذ البرلمان قراراً في شأن مشروع الميزانية في مدى سبعين يوماً من تاريخ إحالة المشروع على البرلمان ، يحق للحكومة أن تنشر هذا المشروع برمته بواسطة أمر « ordonnance » يوضع موضع التنفيذ، ويهمل بالتالي اختصاص البرلمان في هذا الخصوص (٢) .

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit. P. 27 — 73. (١)
Louis Bertrand : Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la constitution.
Études et Documents 1959. P. 57.

وأنظر التعليق حل قرارات المجلس الدستوري بصدد النطاق لمخصص القانون :

Alain Gérard Cohen: La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la loi constitution. R.D.P. 1963. P. 745 et S.

Waline : La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement. R.D.P. 1960. P. 1011 et S.

Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8e édit. P. 617—619. (٢)

هذا ولقد قرر جانب من الفقه أن الفقرة الثالثة من المادة ٧ ساففة الذكر لم تخرج بعد إلى حين التطبيق وذلك لحرص البرلمان على التصويت على مشروع الميزانية في الميعاد المحدد لذلك .

Pierre Stillmunkes : La classification des actes ayant force de loi en droit public français. R. D. P. 1964 : P. 283.

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من الدستور الفرنسي تتأهل من ناحية المبدأ مع المادة ٥٨ من الدستور البناني الخاصة بمشروعات القوانين المستعجلة .

وإذا كان البرلمان يختص بتقرير القوانين الداخلية في نطاق المسائل المعنية لها ، فإن لرئيس الجمهورية الحق في استفتاء الشعب على مشروعات قوانين تتعلق بتنظيم السلطات العامة أو باقرار إتفاق بين مجموعة الدول الفرنسية أو الخاصة بالإذن بالتصديق على معاهدة يكون من شأنها التأثير على سير المنظمات دون أن تتعارض مع الدستور وذلك طبقاً لما قرره المادة ١١ منه . ويتم طرح هذه المشروعات على الشعب من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دورات إنعقاد البرلمان أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين النيابيين ينشر في الجريدة الرسمية . وعندما يسفر الاستفتاء عن الموافقة على المشروع يصدره رئيس الجمهورية خلال خمسة عشر يوماً دون حاجة إلى إقرار البرلمان لهذه المشروعات . وبذلك نكون أمام قوانين صادرة من رئيس الجمهورية دون إقرار البرلمان لها وذلك عند موافقة الشعب عليها (١) ، هذا علاوة على إستحالة عرض هذه القوانين على المجلس الدستوري وذلك على خلاف القوانين التي يقرها البرلمان قبل إصدارها . وهو ما قرره المجلس الدستوري ذاته في قراره الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر عام ١٩٦٢ ، وكذلك نص المادة السابعة عشرة من القانون الخاص بالمجلس الدستوري الصادر في ٧ نوفمبر عام ١٩٥٨ التي قررت إختصاص المجلس بنظر القوانين التي «يقرها البرلمان» (٢) . ويفسر الفقه هذا الأمر بأن القوانين محل الإستفتاء تعتبر في واقع الأمر «تعبيراً مباشراً عن إرادة الأمة» ، مما يستلزم النص الصريح لتقرير الرقابة عليها ، وهو ما لم يتحقق نظراً لسكوت الدستور في هذا المجال (٣) .

(١) هذا على خلاف الإستفتاء الدستوري الذي يتم بالنسبة لتعديل الدستور حيث يتعين بهد اقتراح تعديل الدستور موافقة المجلسين النيابيين على هذا الاقتراح قبل إستفتاء الشعب . كما يمكن عدم طرح التعديل على الإستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر ووافق عليه هذا الأخير بأغلبية ثلاثة أخماس الأعضاء المشتركين في الاقتراح . (المادة ٨٩ من الدستور) .

(٢) المقصود بالقوانين التي يقرها البرلمان : القوانين البرلمانية المادية وكذلك القوانين الأساسية .

ولا جدال أن الأمر القاضي بنشر الميزانية الذي تصدره الحكومة في حالة إنقضاء المدة المقررة للبرلمان له طبيعة تشريعية ويتخذ بالتالى صفة القانون مما يؤدي إلى عدم جواز الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة ، وهو ذات الحال بالنسبة لقوانين الإستفتاء التي يكون لها تلك الطبيعة والصفة.

ولإزاء ما أصاب نطاق القانون من تقييد علاوة على عدم تعيين حدود هذا النطاق على نحو محدد واضح لإزاء اللائحة (١) ، أعلن الفقه أن الوضع الجديد يؤدي إلى «إسقاط القانون» ما دام أن «سلطة البرلمان التشريعية قد ضيق نطاقها إلى حد كبير» (٢) . وقرر البعض الآخر عن «التقلب» الذي أصاب القانون (٣) . ولم يكتف البعض بذلك بل ذهب إلى حد إعلان أن «المادتين ٣٤ ، ٣٧ من الدستور تكشفان عن تنظيم يشوبه القوضي دون قيد أو شرط» (٤) .

على أن الفقيه Waline قد أعلن أنه رغم عيوب الصياغة التي شابته المادة ٣٤ من الدستور (٥) التي تحدد نطاق القانون وما يعتمدها من عدم الوضوح الكافي الذي يصعب معه تحديد هذا النطاق على نحو قاطع ، فإنها مع ذلك تنص على نطاق واسع للقانون علاوة على ما تنسم به الموضوعات محل القانون من أهمية بالغة (٦) .

ولم يقتصر الأمر على نطاق القانون ، بل تساءل البعض علاوة على ذلك

(١) Léo Hamon : Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière. D. 1960. chr. P. 253.

(٢) Paul Durand : La decadence de la loi dans la constitution de la Ve Republique. Juris classeur Périodique. 1959. P. 1470.

(٣) Charlier : Vicissitudes de la loi. Mélanges Maury. P. 303.

(٤) Morange : La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 Octobre 1958 D. 1959. chr. P. 26.

(٥) Waline : Article cité R.D.P. 1959. P. 714.

(٦) Waline : Droit administratif 9e édit. P. 129.

عن مدلول القانون الواجب تقريره في ظل الدستور الجديد (١) . قرر جانب من الفقه أن هذا المدلول يجب ألا يستند إلى المعيار العضوى الذى ساد في ظل الوضع التقليدى ، بل إلى المعيار الموضوعى (٢) . وتكفل الفقية Waline بتحليل ذلك بقوله انه لا يمكن تعريف القانون بأنه تلك القاعدة القانونية التى يقرها البرلمان، ذلك أن «إقرار البرلمان لم يصبح الشرط الأساسى ولا الشرط الكافى لوجود القانون» . وإذا كان يتعين أن نلجأ إلى المعيار الموضوعى لقصور المعيار العضوى في أمر ذلك ، فإن القانون عبارة عن القاعدة التى تعمل على تنظيم الموضوعات التى حددها الدستور . وبذلك أفحست الفكرة العضوية مكانها للفكرة الموضوعية حتى يمكن القول بأن الفكرة الثانية قد إحتلت الدور الرئيسى وأصبح للفكرة الأولى مجرد دور ثانوى في هذا المقام، على إعتبار أنه من الطبيعى وليس كأساس أن تكون تلك القاعدة القانونية من عمل البرلمان (٣) . هذا وإن كان البعض قد خالف هذا الرأى مقررأ أن المعيار العضوى ما زال هو السائد ، فهو شرط أساسى لتعريف القانون حتى إذا لم يكن كافياً لذلك . وهكذا عرف هذا الجانب من الفقه القانون في ظل الدستور الجديد بأنه «كل قاعدة يقرها البرلمان وفقاً للشكل التشريعى ترد على المسائل التى عينها الدستور له (٤)» .

على أنه مهما كان الأمر بالنسبة لتغيير نطاق القانون ومدلوله ، فإنه ما زال بمنأى عن كل رقابة قضائية بعد إصداره تعمل على الغائه أو المساس به . إذ يخضع القانون فقط قبل إصداره للرقابة على دستوريته التى يمارسها

Charlier : Article cité P. 310. (١)

Paul Durand - Article cité. P. 1470. (٢)

Waline : Article cité, R.D.P. 1959. P. 708,709, 716. (٣)

Montané de la Roque : l'article 38 de la constitution du 4 Octobre 1958 (٤)

et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960. Mélanges Maury, P. 217.

Chapus : De La soumission au droit des règlements autonomes. D. 1960 chr. P. 125.

وحده المجلس الدستوري (١) ، بحيث إذا ما تم إصداره ينجو نهائياً سواء من المنازعة على دستوريته أو من إمكان الطعن فيه بالإلغاء أمام أية جهة قضائية .

نطاق اللائحة في ظل الوضع الجديد :

إذا انطلق نطاق اللائحة في ظل الوضع الجديد ، فهل معنى ذلك أنها قد تحررت من كل تبعية للقانون ؟ لا جدال أن بعض أنواع اللوائح قد تحررت من هذه التبعية ، على أن هناك لوائح ما زالت تتبع القانون بحيث يتعين عليها ألا تخالفه أو تخرج عن أحكامه .

وإذا كانت بعض اللوائح قد تحررت من تبعيتها للقانون ، فهل إرتفعت إلى مصاف هذا الأخير بحيث تكون بمنأى عن الرقابة القضائية ؟ أم أنها رغم تحررها من القانون ما زالت تتبع قواعد قانونية أخرى بحيث يحق للقضاء الإداري تقرير بطلانها إذا خالفت تلك القواعد .

تعتبر اللوائح المستقلة « Règlements autonomes » التي تصدر بالتطبيق للمادة ٣٧ من الدستور المثل الهام لتلك اللوائح المتحررة من القانون سواء من ناحية النطاق أو من ناحية التبعية له ، حتى اعتبرت هذه اللوائح سبب إنقلاب العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة .

فمن ناحية النطاق إنطلقت اللوائح المستقلة في ميدان التشريع واعتبرت بمثابة التشريع العادي الذي تباشره السلطة التنفيذية صاحبة الاختصاص العام في هذا الصدد . وهو ما يتضح من نص المادة ٣٧ من الدستور التي قررت أن المواد التي تخرج عن نطاق القانون الذي حددته وعينته أصلاً المادة ٣٤ تصدر بها لوائح من السلطة التنفيذية .

(١) هذا مع ملاحظة أن القوانين التي يتم إصدارها عن طريق الإستفتاء تخرج عن ولاية المجلس الدستوري .

واستقلت بذلك هذه اللوائح التي أسماها الفقه بالوائح المستقلة عن القانون بحيث يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع بحرية تامة وفي جميع الموضوعات التي لا يطرأها القانون .

وإذا كان المشرع الدستوري قد تكفل بضمان عدم إعتداء القانون على نطاق اللائحة (١) . فإنه يمكن كذلك كفالة عدم اعتداء اللائحة على نطاق القانون، بأن يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن بإلغاء اللائحة إذا اعتدت على النطاق الذي خصصه الدستور للقانون (٢) .

أما من ناحية التبعية ، فهنا يثور التساؤل ما إذا كانت اللوائح المستقلة تتبع القانون ؟ لا جدال أن المنطق يقضي بعدم التبعية نظراً للاستقلال المتبادل بين القانون واللائحة المستقلة من ناحية النطاق الذي قرره الدستور لكل منهما . وإذا كان لا يوجد قانون في ميدان اللوائح المستقلة فن غير المتصور وجود رابطة التبعية . ومن ثم قرر البعض اختفاء وجه مخالفة القانون بالنسبة للوائح المستقلة نتيجة لإختفاء القانون ذاته في ميدان هذه اللوائح (٣)، مما يؤدي إلى إستحالة الطعن في اللوائح المستقلة على أساس وجه مخالفة القانون بمعناه الضيق .

وإذا كان القانون قد فقد مكانه بالنسبة لللائحة المستقلة ، فهل معنى ذلك أن هذه الأخيرة قد إرتفعت في قوتها إلى مصاف القانون بحيث تتحرر نهائياً من كل تبعية، وبالتالي من الرقابة القضائية عليها من ناحية الإلغاء شأنها في ذلك شأن القانون ؟ .

(١) أنظر الطرق المختلفة التي تضمن عدم اعتداء القانون على نطاق اللائحة : بحس ١١٠٦٠ من هذا البحث .

Waline: Droit administratif 9e édit. P. 130

(٢)

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e éd it. P. 72.

Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution (٣)
de 1958. R.D.P. 1959 P. 711

لإزاء ذلك انبرى الفقه الفرنسى لموضوع اللوائح المستقلة بغزارة وبراعة قل أن توجد فى بلد آخر . وانطلق فى البحث عن قاعدة أخرى بديلة عن القانون الذى اختفى من نطاق هذه اللوائح يمكن بمقتضاها أن تقيدها وتتبعها . وذلك كله خوفاً من انطلاق السلطة التنفيذية فى ميدان التشريع دون قيد أو رقيب مما قد يؤدي إلى إنهاء مبدأ المشروعية فى حد ذاته . وانبرى مجلس الدولة الفرنسى بدوره إلى تلك اللوائح فأخضعها لسلطته فاحصاً مدى مشروعيتها . ووجد الفقه والقضاء فى المبادئ القانونية العامة « *Principes généraux du droit* » القاعدة القانونية التى يمكن أن تخضع لها اللوائح المستقلة والتى تكون أساس الغاء هذه اللوائح إذا ما خالفت تلك المبادئ .

والمبادئ القانونية العامة (١) هى تلك المبادئ التى يعمل القضاء على استنباطها والكشف عنها وإعلان الزاميتها ، بحيث يتعين على الإدارة احترامها والسير على مقتضاها ، وإلا اعتبر تصرف الإدارة المخالف لتلك المبادئ غير مشروع ويحق للقاضى الإدارى الغاء القرار الإدارى .

Jeanneau : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative 1954. (١)

M. Letourneur : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat. Etudes et Documents 1951. P. 19 et S.

Rivero : Le juge administratif un juge qui gouverne. D. 1951, chr, P. 21.

Waline: Le pouvoir normatif de la jurisprudence. Etudes en l'honneur de Georges Scelle 1950. P. 613 et S.

Morange : Les principes généraux du droit sous la Ve République. R. D. P. 1960. P. 1188 et S.

محسن خليل : القضاء الإدارى اليابانى ورقابته لأعمال الإدارة ١٩٦٦ - ١٩٦٧

ص ٥٨ - ٨٤ .

من المبادئ القانونية العامة التى أعلنها مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه العديدة : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، ومبدأ حرية الإرادة بمعنى بطلان القرار الإدارى الذى يصدر تحت ضغط أو إكراه ، مبدأ حجية الشيء المقضى به ، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة وأمام التكاليف العامة ، مبدأ مساواة الأفراد فى مباشرة الأمور الاقتصادية ، وغير ذلك من المبادئ التى أوردتها المراجع سالفة الذكر لقضاء مجلس الدولة الفرنسى .

على أنه إذا كان القضاء هو الذى يستنبط ويعلن المبادئ القانونية العامة ، فإنه لا يقررها من تلقاء ذاته . ذلك أن القاضى ليس بمشرع حتى يمكن له أن يقوم بإنشاء ووضع القواعد القانونية . فهمة القضاء تتمثل فى مجرد إكتشاف قواعد ومبادئ قانونية موجودة وكائنة أصلاً وإن لم يكن لها وجود فى النصوص التشريعية المنونة ، فهو يعمل على مجرد إعلانها - لا على إنشائها - والإتيان بها إلى عالم القواعد القانونية الملزمة .

ولما كانت المبادئ القانونية العامة مستقرة وكائنة فى ذهن وضمير الجماعة أو المشرع الذى لم يعمل على تلويها ، فإن القاضى يعمل هنا على إستنباط الضمير العام للجماعة وإستنتاج ما يجول فى ذهن المشرع . فكأنه «يستنبط هذه المبادئ من روح التشريع العامة ومن الضمير العام (١)» لذلك قد يلجأ القضاء إلى إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير للكشف عن الضمير العام الجماعى ، وقد يلجأ أيضاً إلى روح التشريع ذاته للكشف عما يجول فى ذهن المشرع . هذا مع ملاحظة إرتباط المبادئ القانونية العامة بالظروف السياسية والإجتماعية والإقتصادية السائدة ، الأمر الذى يؤدى إلى تطور هذه المبادئ بتطور تلك الظروف (٢) .

وإذا كانت المبادئ القانونية العامة تعتبر من القواعد القانونية الملزمة ، فإن القضاء الفرنسى قد قرر تبعية اللوائح المستقلة لهذه المبادئ (٣) بحيث يتعين عليها إحترامها والعمل فى دائرتها . وأعلن الفقيه « Waline » أنه «يتعين إستبدال تعبير مخالفة القانون بتعبير مخالفة القاعدة القانونية من ناحية

Waline : Droit administratif. 9e édit. P. 468.

(١)

(٢) رسالتى التى قدمت لجامعة باريس عام ١٩٥٣ تحت عنوان :

La notion d'illégalité et son rôle dans la responsabilité de l'administration en droit administratif Français et Egyptien. P. 184.

G.E. 26 Juin 1959. Syndicat général des Ingénieurs-conseils, D. 1959. J. P. 541.(٢)
note L'Huillier. R.D.P. 1959 P. 1004, Conclus. Fournier.

الموضوع (١) « بحيث يستبدل وجه مخالفة القانون بوجه مخالفة القاعدة القانونية في دعوى تجاوز حد السلطة .

على أنه إذا كانت اللوائح المستقلة قد تحررت من القانون مع تبعيتها للمبادئ القانونية العامة ، فانه يتعين أن نحدد مكان وطبيعة تلك اللوائح ، وكذلك هذه المبادئ بين مجموعة القواعد القانونية .

اتفق الفقه الفرنسي قبل صدور دستور ١٩٥٨ على أن للمبادئ القانونية العامة ذات القوة الإلزامية المتعادلة مع القانون طالما أن المشرع لم يخالفها بنص صريح . ومن ثم فلا يمكن إعطاء المبادئ القانونية العامة درجة تعلو القوانين في قوتها بحيث تصل إلى درجة النصوص والمبادئ الدستورية . وإذا كان سبب ذلك في نظر البعض إنما يرجع إلى منع القضاء الفرنسي من النظر في دستورية القوانين تبعاً لمبدأ حرية السلطة التشريعية فيما تقرره من تشريعات والزام القاضي بتطبيق حكم القانون دون التعرض لبحث دستوريته (٢) ، فإن العميد « Vedel » قد قرر قبل عام ١٩٥٨ أن تقرير رقابة دستورية القوانين من علمها لا يؤثر على قوة المبادئ القانونية العامة التي تعادل فقط قوة القوانين ولا تعلو عليها . ذلك أنه بالنسبة للنظام «الذي يرفض الرقابة على دستورية القوانين كما هو الحال في فرنسا فانه من المسلم به ألا تتغلب المبادئ القانونية العامة على القانون، إذ لن يكون من المستساغ أن يمثل القاضي للقانون المخالف للدستور بينما لا يخضع للقانون الذي يخالف المبادئ القانونية العامة . ويكون الأمر كذلك بالنسبة للنظام الذي يقر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، إذ لن يكون هناك مجال لتغليب المبادئ القانونية العامة على القانون ما دامت هذه المبادئ لم تتقرر في نصوص الدستور صراحة أو ضمناً . وعلة ذلك أن الوسيلة التي تكون لها الأولوية في التعبير عن القواعد القانونية هي القانون ، والقاضي هنا إذ

Waline: Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. R.D.P. 1959. P. 711. (١)

M. Letourneur : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat. Etudes et Documents 1951. P. 30. (٢)

ملك أن يكمل النقص في القانون فانه لا يستطيع أن يقضى على خلاف
نصوص القانون (١) .

ولما كان من الأمور الثابتة في ظل الوضع التقليدي السائد قبل دستور
سنة ١٩٥٨ علو القانون على اللائحة التي تأخذ مكاناً أدنى من مكان الأول
بين مجموعة القواعد القانونية ، علت المبادئ القانونية العامة ذات القوة
المساوية للقانون على اللائحة ، حتى أعلن الفقه «أن علو المبادئ القانونية العامة
على القرارات اللائحية هو من الأمور المؤكدة (٢) »

على أنه بعد صدور دستور ١٩٥٨ وتححر اللوائح المستقلة عن القانون ،
خشى جانب من الفقه إرتفاع هذه اللوائح إلى مصاف القانون . ومن ثم
فلن تخضع لأية تبعية سواء للقانون الذي اختفى من ميدانها أو للمبادئ
القانونية العامة التي لها قوة القانون . لذلك أعطى هذا الجانب من الفقه
للمبادئ القانونية العامة قوة تعلو القوانين ، حتى إذا ما تساوت قوة اللوائح
المستقلة مع قوة القانون أمكن إخضاعها للمبادئ القانونية العامة .

لذلك أعلن العميد « Vedel » عن تغير رأيه السابق القاضي بتعادل قوة
المبادئ القانونية العامة مع القوانين ، مقررأ أن هذه المبادئ بعد صدور
الدستور الجديد قد علت قوتها عن القانون بحيث أصبح لها قوة دستورية
(Valeur supra - legislative, c'est - à - dire constitutionnelle).

Vedel : La soumission de l'administration à la loi P. 93. (١)

Jeanneau : Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence
administrative 1954. P. 166. (٢)

ونظر الأحكام التي ساقها المؤلف في هذا الصدد .

وما يؤيد وجهة النظر السابقة الخطاب الذي ألقاه الرئيس Bouffandeau بمناسبة انقضاء سنة
وخمين عاماً على إنشاء مجلس الدولة الفرنسي حيث ورد به أنه يجب الإشارة إلى تلك النظرية الحديثة
التي أرساها مجلس الدولة ، ألا وهي نظرية المبادئ القانونية العامة التي تقضى «بوجود قواعد
قانونية غير مدونة لها قوة التشريع العادي ، ومن ثم فانه يتعين على السلطة اللائحية وعلى
الإدارة التزامها علماً بأنها لا تتعارض مع نص من نصوص القانون الوضعي »
أورد هذا الخطاب .

De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif. 2e édit. P. 206.

M. Letourneur : O.C.P. 19.

ولقد برر العميد موقفه الجديد بأن هذه المبادئ إنما يستتجها القضاء عادة سواء من مقدمات الدستور التي لها بطبيعة الحال صفة الدستور ذاته أو من العرف الدستوري الذي له ذات الصفة السابقة (١) .

على أن الرأي السابق قد تعرض للنقد ، ذلك أن المبادئ القانونية العامة لا تستوحى فقط من الأصول الدستورية ، إذ يجوز للقضاء أن يستتجها من روح القانون . وعلى ذلك يتعين التفرقة بين المبادئ القانونية العامة المستوحاة من الأصول الدستورية التي يكون لها قوة دستورية ، وبين تلك المبادئ المستوحاة من روح القانون التي لا يمكن أن يكون لها سوى قوة معادلة للقوانين . الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بمبدأ وحدة طبيعة المبادئ القانونية العامة (٢) .

كما وأن تأصيل المسائل يستدعي أولاً قبل إعلان علو المبادئ القانونية العامة عن القانون ووصولها إلى مرتبة الدستور التساؤل عن مكان اللوائح المستقلة وطبيعتها . هل ارتفعت هذه اللوائح على أثر تحررها من القانون إلى مرتبة هذا الأخير ؟ أم ما زالت في درجة قوتها السابقة التي تعتبر أدنى قوة من القانون على الرغم من اختفاء هذا الأخير من ميدانها ؟ .

يقرر الأستاذ « Chapus » أنه قد يظن البعض أن القانون وقد فقد مكانه من اللائحة المستقلة أن هذه الأخيرة قد ارتفعت إلى مصاف القانون عند تحررها من تلك التبعية التقليدية . إذ كيف يمكن تحقق هذه التبعية ولا يوجد قانون في ميدان اللوائح المستقلة . فحيث لا توجد قاعدة عليا لا توجد قاعدة تابعة (٣) . على أن الحقيقة خلاف ذلك « إذ أن الفراغ الذي حدث نتيجة اختفاء القانون من ميدان اللوائح المستقلة لا يعنى مطلقاً

Vedel : Droit administratif 3e édit. P. 202 — 203.

(١)

Rivero : Droit administratif 3e édit. P. 72.

(٢)

Chapus : De lasoumission au droit des règlements autonomes. D. 1960. chr. (٣)

P. 126. ولقد سبق الإشارة إلى هذا القول في مقامة البحث .

أنه قد عمل على ترقية هذه اللوائح إلى مرتبة القانون بحيث أخذت مكانه وقيمته كذلك . فكل من القانون واللوائح المستقلة مكانه ، ولكل منهما درجته : فهما مستقلان وغير متساويان^(١) . ولا أدل على عدم تغير طبيعة اللوائح المستقلة عن غيرها من اللوائح الصادرة من السلطة الإدارية خضوعها لرقابة القضاء الإداري من ناحية مشروعيتها حيث قرر مجلس النولة الفرنسي قبول الطعن بالغائها^(٢) ، وخضوعها كأى لائحة أخرى للمبادئ القانونية العامة^(٣) وإن لم تخضع للقانون .

لذلك فإن توزيع الوظيفة التشريعية بين القانون واللوائح المستقلة لا يعنى مطلقاً تشبيه هذه اللوائح بالقانون وبأنها قد أخذت حكم القانون وأصبحت كالقانون سواء بسواء . فاللائحة المستقلة ما زالت تعتبر من القرارات الإدارية طبقاً للمعيار الشكلى ، ومن ثم فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري بحيث إذا ما استبان لهذا القضاء عدم مشروعيتها قضى بالغائها وذلك على خلاف القانون الذى لا يخضع لرقابة القضاء بعد إصداره .

ولا خلاف بين اللوائح المستقلة وغيرها من اللوائح سوى أن الدستور قد رأى أنه لا حاجة البتة لوجود قوانين فى ميدان إصدار هذه اللوائح . وهو أمر لا يعمل على تغيير طبيعتها القانونية ولا يربط لها أية منزلة تلو عن المنزلة السابقة التى كانت اللوائح عامة فى ظل الوضع التقليدى السائد قبل صدور الدستور الجديد .

ولما كانت اللوائح المستقلة تعتبر مجرد قرارات إدارية عامة ، فإنها مازالت فى مرتبة أدنى من القانون من ناحية قوتها القانونية وإن تحرر نطاقها

Chapus : article cité P. 126.

(١)

C.E. 12 Février 1960, Société Eky, D. 1960 J.P. 263, note L'Huillier.

(٢)

C.E. 26 Juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs-conseil, D. 1959. J. P. 541, (٣) note L'Huillier, R.D.P. 1959. P. 1004, Conclus. Fournier.

عن هذا الأخير^(١) . ومن ثم فلسنا بحاجة إلى اعطاء المبادئ القانونية العامة التي تخضع لها هذه اللوائح قوة قانونية تعلق عن منزلة القانون ورفعها بالتالي إلى منزلة القوانين الدستورية^(٢) .

وإذا كانت اللوائح المستقلة قد تحرر نطاقها من القانون ، فإن اللوائح التنفيذية التي نصت عليها المادة ٢١ من الدستور ما زالت داخل نطاق القانون الذي تتبعه . لذا سادت القاعدة التقليدية في ظل الدستور الجديد بالنسبة للوائح التنفيذية التي يتعين عليها التزام حدود القانون والتقيده به ، الأمر الذي يؤدي إلى علو القانون على مثل هذه اللوائح التي تعتبر ولا شك من القرارات الإدارية .

أوامر التفويض : ساد طوال العهد الدستوري السابق على الجمهورية الخامسة النزاع حول قوانين التفويض والمراسيم بقوانين التفوضية التي قوبلت بمعارضة شديدة إبان الجمهورية الثالثة والرابعة^(٣) إذ سكت النظام الدستوري للجمهورية الثالثة عنها تماماً دون أن يقررها بين نصوصه . ثم أعلن دستور الجمهورية الرابعة أن الجمعية الوطنية وحدها تقرر القوانين ولا تملك تفويض هذا الحق . على أن دستور الجمهورية الخامسة قد أنهى هذا الخلاف تماماً بتقريره إمكان التفويض ، وذلك بأن نص في المادة ٣٨ على أنه يجوز للحكومة ، لتنفيذ برنامجها ، أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة باصدار أوامر بإجراءات ترد عادة على نطاق القانون . وتصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة . وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ، على أنها تصبح لاغية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص باقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض .

Chapus : Article cité, P. 126.

Rivéro : O.C.P. 61.

De Laubadère : O.C. 3e edit, P. 77.

Morange : La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958.

D. 1959, chr. P. 21.

De Laubadère : O.C.P. 77, 201.

(١)

(٢)

(٣) أنظر ص ١٤ - ١٩ من هذا البحث .

وبعد انتهاء المدة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لا يجوز تعديل الأوامر إلا بقانون وذلك في المواد التي تدخل في النطاق التشريعي .

وبذلك عملت المادة ٣٨ (١) من دستور الجمهورية الخامسة على النص صراحة على قوانين التفويض والمراسيم بقوانين التي اسمها المشرع أوامر التفويض ، وذلك لأول مرة بعد أن سادت سابقا على نحو عرّف .

وإذا كان التفويض قد تقرر بعد صدور الدستور الجديد على نحو دستوري صريح لا يقبل الشك أو الجدل ، فإن التفويض في ظل الوضع الجديد يختلف في مداه عن التفويض الذي ساد في ظل الوضع التقليدي السابق الذي استند في أساسه على العرف .

ففي ظل الوضع التقليدي حيث ساد مبدأ انطلاق القانون مع تعيين نطاق مخصص له لا يمكن لغيره أن يطرقه ، كان من المستحيل أن يرد التفويض على الميدان المخصص للقانون . إذ يتعين على السلطة التشريعية أن تقوم بنفسها بتنظيم المسائل الواردة في هذا الميدان بقوانين من عندها . ولذلك امتنع التفويض في المجال المخصص للقانون حيث يستحيل ظهور هذه اللوائح ، وأمكن التفويض بالتالي في غير هذا المجال على أن يقيد بموضوعات معينة ولمدة محددة .

أما في ظل الوضع الجديد حيث عين نطاق القانون على نحو معين لا يمكن مجاوزته ، فلقد قرر المشرع رغم ذلك إمكان التفويض في هذا النطاق المحدد . وهو ما قرره صراحة المادة ٣٨ بقولها أنه يمكن للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة «باصدار أوامر

(١) Montané de la Roque : L'article 38 de la Constitution du 4 Octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 Février 1960. Mélanges Maury. P. 199 et S. Debbsch Les ordonnances de l'article 38 dans la Constitution du 4 Octobre 1958. J. G. P. 1962. I. 1701
Debbsch note sous C.E. 19 Octobre 1962, Canal, Robin et Gadot. J.G.P. 1963. II, 13068

باجراءات ترد عادة على نطاق القانون » . وبذلك يتضح أنه حتى مع تحديد نطاق القانون ، أمكن التفويض في هذا النطاق المحدد بحيث تتدخل السلطة التنفيذية فيه على الرغم من حرمان البرلمان من التدخل في غير نطاقه المعين . الأمر الذى أدى إلى مناداة البعض بأن التفويض في هذا الوضع الجديد قد يعنى في حقيقة الأمر إمكان تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية (١) خلال مدة معينة ، ما دام أن البرلمان يمكنه تفويض السلطة التنفيذية في تنظيم المسائل التى أوردتها المادة ٣٤ وغيرها من المواد التى عينت نطاق القانون وذلك بواسطة الأوامر التفويضية .

على أن الأستاذ «Montané de la Roque» يقرر أنه يبدو أن التفويض إنما يرد على نطاق القوانين البرلمانية العادية دون نطاق القوانين الأساسية *Lois organiques* التى تتطلب اجراءات خاصة في مناقشتها والتصويت عليها علاوة على ضرورة عرضها على المجلس الدستورى قبل إصدارها ، هذا العرض الذى لا يتحتم سلوكه بالنسبة للقوانين البرلمانية العادية (٢) .

على أنه يبدو إمكان التفويض في جميع المسائل التى تختص بها القوانين البرلمانية بنوعها ، ذلك أن المادة ٣٨ قد أجازت التفويض «لتنفيذ الحكومة برنامجها» . وهى عبارة عامة لا تحمل في معناها أى تحديد أو تعيين للمسائل محل التفويض ، الأمر الذى يؤدي إلى الإتساع المطلق في موضوعات التفويض وبالتالي إلى إمكان التفويض في المسائل التى يختص القانون بتنظيمها وإلى القول في النهاية باختفاء النطاق المخصص للقانون الذى لا يمكن لغيره أن يطرقه .

ولم يكثف المشرع الدستورى بإمكان التفويض في مجال القانون ، بل انه قد منع البرلمان علاوة على ذلك من التشريع في المسائل التى فوض

(١) هذا ما نادى به البعض . ولقد وردت هذه الآراء في مقال :

Montané de la Roque : Article cité P. 202

Montané de la Roque : Article cité P. 204 — 205.

(٢)

فيها السلطة التنفيذية طوال مدة التفويض . بحيث يمنع على البرلمان حق التشريع في المسائل محل التفويض ، وتحريم تعديل الأوامر التفويضية الصادرة في هذا الشأن لنهاية مدة التفويض . وهو ما يتحقق بتطبيق نص المادة ٤١ من الدستور التي قررت أنه إذا ظهر إنشاء الإجراءات التشريعية أن إقتراحاً أو تعديلاً يتعارض مع تفويض تشريعي منح بمقتضى المادة ٣٨ فللحكومة أن تدفع بعدم قبوله ، وفي حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس النيابي المختص يفصل المجلس الدستوري في هذا الخلاف بناء على طلب أى من الطرفين وذلك خلال ثمانية أيام .

ويجب ملاحظة أنه إذا كان في الإمكان أن يرد التفويض على مجال القانون ، فإن للبرلمان أن يحدد في قانون التفويض المسائل محل التفويض اللازمة لتنفيذ برنامج الحكومة ، بحيث لا يمكن للأوامر التفويضية أن تخرج عن الموضوعات التي حددها قانون التفويض (١) . وهكذا يتحدد نطاق التفويض في مسائل معينة بالذات مما يؤدي إلى عدم تنازل البرلمان عن اختصاصه التشريعي على نحو كلي خلال مدة التفويض .

هذا ولقد حدد الدستور الشروط الواجب توافرها في حالات التفويض بأن يكون لمدة محددة يعينها قانون التفويض ، وتصدر السلطة التنفيذية الأوامر التفويضية خلال هذه المدة في مجلس الوزراء بعد أخذ رأى مجلس الدولة الذي يتعين إستشارته قبل إصدارها . ويوقع عليها رئيس الجمهورية مع الوزير الأول والوزراء ذوى الاختصاص ، وذلك طبقاً للمادتين ١٣ و ١٩ من الدستور .

وينفذ مفعول الأوامر التفويضية من تاريخ نشرها ، ولا يجوز تعديلها

Vedel : Droit administratif 3e édit, P. 183.

(١)

هذا وإن كان قانون التفويض الصادر في ٤ فبراير عام ١٩٦٠ قد عمل على تحديد هدف التفويض بمبارات واسعة المدى .

بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون (١) وذلك بالنسبة للمسائل التى تدخل فى نطاق هذا الأخير (الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨) . هذا ولقد جمعت المادة الدستورية السابقة عرض المشروع الخاص باقرار الأوامر التفويضية على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة فى قانون التفويض وإلا تصبح هذه الأوامر لاغية . ولا جدال أنها تصبح كذلك فى حالة عدم إقرار البرلمان لها . أما إذا عرضت على البرلمان قبل نهاية مدة التفويض ولم ينظرها البرلمان ، لعدم تقرير مدة معينة يتعين على البرلمان خلالها البت فيها ، استمر نفاذها على إعتبار ما لها من قوة تنفيذية تكتسبها من تاريخ نشرها (٢) .

وأخيراً يحق التساؤل عن الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية ، وما إذا كانت قد اختلفت هذه الأوامر عن المراسيم بقوانين التفويضية التى سادت فى الوضع التقليدى ؟ .

يقرر الفقيه « Waline » تمسّياً مع الفكرة الموضوعية التى نادى بها فى تعريفه للقانون (٣) ، أن الأوامر التفويضية التى ترد بالتطبيق للمادة ٣٨ على نطاق القانون تعتبر أعمالاً تشريعية ويكون لها بالتالى صفة القوانين . ولقد برر الفقيه وجهة نظره ليس فقط على إعتبار أنه يمكن لهذه الأوامر أن تعدل القوانين التى لها هذه الصفة سواء الصادرة قبل دستور ١٩٥٨ أو بعده أو لأنها ترد على نطاق القانون الذى عينته المادة ٣٤ ، ولكن أيضاً على إعتبار أنه لا يمكن تعديل أو إلغاء هذه الأوامر التفويضية بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون . وعلى ذلك «فإن العمل الذى يعدل ويلغى القانون

(١) هذا مع ملاحظة امكان تعديل والناء أوامر التفويض بأوامر تفويضية أخرى تصدر بناء على قانون تفويض جديد .

كما يلاحظ أنه أثناء مدة التفويض لايجوز للبرلمان أن يشرع فى المسائل محل التفويض وذلك طبقاً لنص المادة ١٤ من الدستور السابق الاشارة اليها . الأمر الذى يؤدى إلى تحريم البرلمان من تعديلها طوال فترة التفويض وامكان تعديلها بعد انتهاء هذه الفترة بقوانين وذلك بالنسبة للمسائل التى تدخل فى نطاق القانون .

(٢) De Laubadère : Traité élémentaire de droit administratif 3e édit P. 79 .

(٣) أنظر ص ٥٩ من هذا البحث .

والذى لا يمكن تعديله أو الغاءه إلا بقانون لا يتصور أن يكون إلا عملاً تشريعياً له صفة القانون مهما كان اسمه (١) ولقد جرى الأستاذ « De Soto » الرأى السابق باعلانه إنتصاف الأوامر التفويضية بصفة القانون ، الأمر الذى يؤدى إلى إستحالة الطعن فيها أمام مجلس الدولة حتى ولو خالفت قانون التفويض (٢) .

على أن غالبية الفقه (٣) قد خالف الرأى السابق ، إذ إعتبر الأوامر التفويضية من القرارات الإدارية منذ نشرها حتى إقرار البرلمان لها ، الأمر الذى يؤدى إلى إمكان الطعن فيها باللغاء أمام مجلس الدولة إذا خالفت قانون التفويض الصادرة بمقتضاه ، وهو ما يتمشى وقضاء المجلس الفرنسى .

لذلك فإن الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية فى ظل دستور ١٩٥٨ لم تختلف عن تلك الطبيعة التى كانت للمراسيم بقوانين التفويضية الصادرة قبل هذا الدستور ، وذلك على الرغم من إستحالة تعديل أو الغاء تلك الأوامر بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون وعلى الرغم من إمكان تعديلها والغاءها للقوانين القائمة طوال فترة التفويض .

ويمكن تفسير الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية فى ظل النظام الجديد بأنها تتمتع منذ إصدارها حتى إقرار البرلمان لها بصفتين مزدوجتين : فهى أعمال تشريعية من الناحية الموضوعية بحيث يكون لها قوة القانون التى تمكنها من تعديل والغاء القوانين القائمة والتى لا يمكن بمقتضى هذه القوة أن تعدل أو تلغى بعد إنتهاء مدة التفويض إلا بقانون . وتعتبر من ناحية

Waline : Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution (١)
de 1958. R.D.P. 1959. P. 709.

De Soto : La Loi et le règlement dans la constitution du 4 Octobre (٢)
1958. R.D.P. 1959. P. 287 — 288.

Montané de la Roque : article cité. P. 218 et S. (٣)

De Laubadère : O. C. P. 79.

Vedel : O.C.P. 184

Rivero : O.C.P. 62.

أخرى بمثابة القرارات الإدارية تبعاً للمعيار العضوى ، ومن ثم يمكن أن تكون محلاً للإلغاء إذا خالفت قانون التفويض . أما بعد إقرار البرلمان لها ، فإنها تعتبر في عداد القوانين ، ومن ثم فلا يمكن والحالة هذه أن تكون محلاً للإلغاء شأنها في ذلك شأن أى قانون آخر .

من ذلك يتضح أن طبيعة الأوامر التفويضية في ظل الوضع الجديد لم تختلف عن المراسيم التفويضية في ظل الوضع السابق . هذا مع ملاحظة أن النص الدستوري القاضي بعدم إمكان تعديل هذه الأوامر إلا بقانون بعد انتهاء فترة التفويض لم يعدل من طبيعتها السابقة في نظري . وذلك نظراً لما لها من قوة القانون ، تلك القوة التي كانت للمراسيم بقوانين التفويضية وما زالت للأوامر التفويضية والتي تكتسب من قانون التفويض ذاته .

إجراءات الظروف الاستثنائية : أتى دستور الجمهورية الخامسة بمادة أصبحت شهيرة في الفقه الدستوري ، ألا وهي المادة ١٦ من دستور عام ١٩٥٨ التي قررت اختصاص رئيس الجمهورية في ظل الظروف الإستثنائية غير العادية .

ولقد رأى الفقه أن إختصاصات رئيس الدولة في هذا المجال مطلقة لا حدود لها حتى وصفت بالدكتاتورية (١) ، ذلك أن الرئيس يحل محل جميع السلطات العامة في الدولة من تشريعية وتنفيذية ليتخذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية . ولذلك أعلن الفقه أن الأمة تتجسد في شخصه ، فهو وحده الذي يمثلها وإليه وحده ترجع أمورها (٢) طوال الفترة الإستثنائية .

وتنص المادة ١٦ من الدستور على أنه «إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر

A. Hauriou : Droit constitutionnel et institutions politiques. 1966. P. 685. (١)

Duverger : Institutions politiques et droit constitutionnel 8e édit P. 528. (٢)

جسيم وحال ، ونشأ عن ذلك إنقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنظم يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورئيسي المجلسين والمجلس الدستوري بصفة رسمية . ويحيط الأمة علماً بذلك برسالة . ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهمتها في أقرب وقت ممكن . ويستشار المجلس الدستوري بشأن هذه الإجراءات وينعقد البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الإستثنائية^(١) . وتخضع الإجراءات الإستثنائية التي تصدر بالتطبيق للمادة ١٦ (١) لشروط بعضها موضوعي وبعضها شكلي .

فن ناحية الشروط الموضوعية : يتعين أن تصبح أنظمة الجمهورية أو إستقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال . وإذا كانت هذه الحالات تتصف بعدم الوضوح وعدم التحديد على نحو قاطع ، علاوة على سمة نطاقها إذ قد يكفي لظهورها مجرد تهديد بحصول خطر حتى يوصف بأنه جسيم وحال . فان الشرط الموضوعي الثاني الذي يتعين تحققه مع الشرط السابق يحدد بعض الشيء من الشرط الأول ، ذلك أنه يتعين أن تؤدي الحالات السابقة إلى إنقطاع سير المنظم للسلطات العامة الدستورية حتى يحق لرئيس الجمهورية أن يصدر الإجراءات الإستثنائية .

أما من ناحية الشروط الشكلية : فان كان لرئيس الجمهورية حق الإنفراد باصدار الإجراءات الإستثنائية التي توقع منه وحده ، فانه يتعين ضرورة إستشارة الوزير الأول ورئيسي المجلسين النيابيين والمجلس الدستوري قبل إصدارها . كذلك يتعين أن يحيط رئيس الجمهورية الأمة علماً بالإجراءات الإستثنائية وذلك برسالة يوجهها إليها .

(١) Jean Lamarque : La Théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution 1958. R.D.P. 1961. P. 558 et S.

على أن الشروط الشكلية لا تتجوز في حقيقة الأمر من القيود الحقيقية التي ترد على سلطة رئيس الجمهورية . فإذا كانت المادة ١٦ قد أوجبت ضرورة استشارة الوزير الأول ورئيسي المجلسين النيابيين والمجلس الدستوري فإن ذلك لا يخرج عن كونه مجرد آراء إستشارية لا يلتزم الرئيس بها عند مباشرة سلطاته الإستثنائية ولا تحد من هذه السلطات ، وإن كان يقتصر أثرها على مجرد تأخير مباشرة السلطة دون منعها . كما وأنه لا يمكن إعتبار الرسالة التي يوجهها الرئيس إلى الأمة من القيود التي تحد من سلطاته الإستثنائية . فهي مجرد تبليغ يعمل الرئيس بمقتضاه على تبرير سلطاته الإستثنائية أمام الرأي العام . هذا علاوة على أنه لا يتحتم توجيه هذه الرسالة قبل مباشرة الإجراء الإستثنائي ، إذ قد يجوز إعلان الأمة عند إتخاذ هذا الإجراء أو حتى بعده بقليل (١) .

أما من ناحية نطاق مباشرة الإجراءات الإستثنائية ، فإنه غير محدود نظراً لكون المادة الدستورية قد خولت رئيس الجمهورية حق إتخاذ الإجراءات التي تقتضيها الظروف الإستثنائية . مما يؤدي إلى إطلاق نطاقها في جميع الحالات دون تحديد لميدان معين ومحدد بالذات لها . حتى أعلن الفقه أن سلطة رئيس الجمهورية مطلقة دون حدود إذ يحق له وحده القيام بجميع الأعمال إلا الإنفرد بأمر تعديل الدستور (٢) .

وإذا كان لرئيس الجمهورية حق الإنفراد بمباشرة الإجراءات الإستثنائية في جميع الحالات ، فإنه يمكن مع ذلك قيام رقابة على هذه الإجراءات (٣) .

(١) أنظر شرح الشروط الموضوعية والشكلية ونقدها :

Jean Lamarque : article cité P. 608 — 614.

Duverger : O.C. P. 531.

Jean Lamarque : article cité P. 618 et S.

„ „ : Legalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16, J. G.P. 1962, I. 1711.

Morange : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, D. 1962, chr. P. 109.

Berlia : Le contrôle du recours à l'article 16 de son application, R.D.P. 1962, P.288.

وتتمثل الرقابة في ثلاثة أوجه مختلفة ، وإن كان الوجه الأخير هو الأكثر فاعلية وجدية .

فهناك أولا رقابة من المجلس الدستوري : ذلك أن المادة الدستورية قد أوجبت أن يستشير رئيس الجمهورية هذا المجلس في جميع الإجراءات التي يتخذها الأول إستناداً على المادة ١٦ . على أنه لما كان الرجوع للمجلس الدستوري يعنى مجرد الإستشارة ، فإن مثل هذه الرقابة لن يتحقق لها الفاعلية والجدية الحقيقية ما دام أن للرئيس الكلمة النهائية علاوة على إمكان عدم الإلتزام برأى هذا المجلس .

وهناك ثانية رقابة البرلمان : التي تتمثل في ضرورة إنعقاد مجلسه بحكم القانون طوال مباشرة الرئيس سلطاته الإستثنائية بحيث لا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء هذه الفترة .

ولكن يثار التساؤل هنا عن دور البرلمان إزاء الإجراءات الإستثنائية التي يباشرها رئيس الجمهورية . لا جدال أن رئيس الجمهورية هو الذي يفرد وحده باتخاذ جميع هذه الإجراءات وفي جميع الميادين التي يراها ضرورية لذلك ، هذا علاوة على تقرير مبدأ عدم مسئولية الرئيس السياسية أمام البرلمان وعدم خضوع الإجراءات الإستثنائية لأى إقرار برلماني سواء سابق أو لاحق على إتخاذها (١) .

وإذا كان الأمر كذلك فما جدوى وجود البرلمان طوال مباشرة الرئيس سلطاته الإستثنائية ؟ يمكن أن نظهر هذه الجدوى في إعلان البرلمان معارضته لأعمال الرئيس الإستثنائية إذا أساء إستخدامها حتى يكون الرأى العام على بينه من ذلك . وذهب رأى إلى جواز إتهام البرلمان في هذه الحالة

(١) Lamarque: La Théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958. R.D.P. 1961. P. 622.

لرئيس جنائياً عن جريمة الخيانة العظمى حيث تجرى محاكمته أمام الهيئة القضائية العليا (١) .

والحقيقة أن وجود البرلمان علامة من شأنها تذكير الرئيس دائماً بال التزام حدود سلطاته الإستثنائية وعدم تجاوزها ، هذا علاوة على أن وجود البرلمان يعمل على تمكينه من مباشرة سلطاته العادية حال إنتهاء الفترة الإستثنائية دون أدنى إنتظار أو تأخير (٢) .

وأخيراً هناك الرقابة القضائية على الإجراءات الإستثنائية : وهي أكثر أوجه الرقابة فاعلية في هذا المجال .

هذا ولقد ميز مجلس الدولة الفرنسي بين قرار رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق المادة ١٦ ، وبين الإجراءات التي يصدرها الرئيس إستناداً إلى المادة السابقة (٣) .

فبالنسبة لقرار إعلان تطبيق المادة ١٦ ، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر هذا القرار من أعمال السيادة : ومن ثم فإنه يكون بمنأى عن الرقابة القضائية .

أما من ناحية الإجراءات التي يصدرها الرئيس طوال الفترة الإستثنائية إستناداً إلى المادة ١٦ سالف الذكر ، فإنه يتعين أن نميز هنا بين ثلاثة أحوال : فقد يصدر الرئيس وهو في مجال الظروف الإستثنائية إجراءات لها طبيعة

Duverger : O.G.P. 532.

(١)

تنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي على عدم مسئولية رئيس الجمهورية عن الأعمال التي يباشرها إلا في حالة الخيانة العظمى ، ويكون اتهامه بواسطة المجلسين التبايين بقرار يصدر ضمهما بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتكون منهم المجلسان . وتجري محاكمة أمام الهيئة القضائية العليا .

(٢) محسن خليل : النظم السياسية ١٩٦٧ ص ٣٨٠ .

(٣) C.E. 2 Mars 1962, Rubin de Servens, conclus. Jean-François Henry. R.D.P.

1962. P. 294 et S.

دستورية ، وقد يصدر إجراءات لها طبيعة تشريعية أى تكون لها صفة القانون ، وأخيراً قد يصدر إجراءات لها الصفة اللائحية (١) .

ومن الطبيعي - تطبيقاً للقاعدة العامة - أن الإجراءات الأولى والثانية أى تلك التى تنصف بالطبيعة الدستورية والأخرى التى يكون لها صفة القانون تخرجان أصلاً عن رقابة القضاء . أما بالنسبة للإجراءات ذات الطبيعة اللائحية ، فإنها تخضع للرقابة القضائية ولقضاء الإلغاء مادام أن الرئيس هنا يباشر سلطة لائحية، ومن ثم تعتبر هذه الإجراءات بمثابة اللائحة .

ويتعين القول أخيراً أن المادة ٩٢ من الدستور الواردة تحت باب الأحكام الانتقالية قد قررت أنه يمكن للحكومة أن تتخذ فى مجلس الوزراء أوامر لها قوة القانون . وذلك بالنسبة للإجراءات التشريعية اللازمة لإنشاء المنظمات المنصوص عليها فى الدستور ولضمان سير السلطات العامة حتى يتم قيام هذه المنظمات التى تبدأ عملها فى مدى أربعة أشهر من إصدار الدستور (الفقرة الأولى من المادة ٩١) . ويجوز للحكومة أيضاً أن تتخذ خلال هذه المدة أوامر لها قوة القانون بالنسبة لأى موضوع تقدر ضرورته لحماية الوطن وحماية المواطنين والمحافظة على الحريات .

هذا وتعتبر الأوامر سائلة الذكر التى لها قوة القانون خارجة عن نطاق القرارات الإدارية اللائحية ، ومن ثم تخرج عن رقابة القضاء الإدارى (٢)

موقف دستور المملكة المغربية لسنة ١٩٦٢ من القانون واللائحة :

من الغريب أن يتطابق دستور المملكة المغربية مع الدستور الفرنسى للجمهورية الخامسة من ناحية القانون واللائحة ، وذلك على الرغم من الاختلاف الكبير بين الدولة الأولى الحديثة العهد بالنظم الدستورية والدولة

Morange : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16. D. 1962. (١)

chr. P. 112.

De Laubadère : O.G.P. 80. (٢)

الثانية العريفة العهد بتلك النظم والتي مرت بتجارب وتنوع في الأنظمة الدستورية قل أن تعرفها دولة أخرى . لذلك يكون من الخطورة في نظري أن تبدأ دولة وهي في أول عهدها الدستوري بالتجربة الفرنسية الأخيرة في هذا المضمار ، تلك التجربة التي مازال ينازعها ويناهضها وينقدها الفقه الفرنسي ، ومن ورائه يقف مجلس الدولة للتشريع الحكوي ، وذلك كله حفاظاً على حقوق الأفراد وحررياتهم .

ومن الغريب كذلك أن يبدأ دستور المملكة المغربية بتقرير مبدأ سيادة الأمة (١) وأن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة ويجب على الجميع الإمتثال له (٢) ، وهو ما يتطابق والفكر التقليدي ، ثم يأتي بعد ذلك ويحدد نطاق القانون ويطلق من نطاق التشريع الحكوي .

فلقد نص الفصل الثامن والأربعون من الدستور على تحديد نطاق القانون بأن قرر «يختص القانون ، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور ، بالتشريع في الميادين الآتية :

— الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول من هذا الدستور .

— المبادئ الأساسية للقانون المدني والقانون الجنائي .

— تنظيم القضاء بالمملكة .

— الضمانات الأساسية الممنوحة لموظفي الدولة المدنيين والعسكريين . ويمكن أن يحدد ويتمم هذه المقتضيات قانون تنظيمي (٣) .

(١) الفصل الثاني من دستور المملكة المغربية .

(٢) الفصل الرابع من هذا الدستور .

(٣) القانون التنظيمي يقابل القانون الأساسي في الدستور الفرنسي ، ولقد نص الدستور المغربي كالدستور الفرنسي على خضوع هذه القوانين لإجراءات خاصة من حيث مناقشتها وتقريرها وضرورة عرضها على الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى لموافقته عليها قبل إصدارها . (الفصل الثالث والستون) .

ثم نص الفصل التاسع والأربعون من الدستور على «أن المواد الأخرى التي ليست من اختصاص القانون هي من حيز النصوص التنظيمية» .

وإذا كان دستور المملكة المغربية قد ضيق من نطاق القانون أكثر من الدستور الفرنسي ، فإنه قد نقل الغموض الذي شاب المادة ٣٤ الفرنسية إذ أورد مثلها تعبير «الضمانات الأساسية» و «المبادئ الأساسية» . مما يدعو إلى التساؤل كذلك عما هو أساسي وما هو الغير أساسي .

كذلك حرص المشرع الدستوري المغربي على إلزام البرلمان بعدم التشريع في غير النطاق المحدد للقانون وعدم اعتدائه بالتالي على النطاق اللائحي .

فلقد نص الفصل السادس والخمسون من الدستور المغربي المقابل حرفياً للمادة ٤١ من الدستور الفرنسي على أنه «يمكن للحكومة أن تدفع بعدم القبول كل إقتراح أو تعديل لا يدخل في حيز اختصاص القانون» . وإذا حدث خلاف ، فإن الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى ثبت فيه في ظرف ثمانية أيام بطلب من المجلس البرلماني أو من الحكومة» .

كذلك قرر الدستور المغربي كاللستور الفرنسي «أن النصوص الصادرة في صيغة قانون قبل الإعلان بإجراء العمل بهذا الدستور يمكن تغييرها بمرسوم بعد رأى مطابق من الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى إذا كان مضمون تلك النصوص داخلا في اختصاص السلطة التنظيمية» (الفصل الخمسون) .

واستمر الدستور المغربي في محاكاته للدستور الفرنسي من ناحية الإلتقاص من وظيفة البرلمان بالنسبة لبعض القوانين. سواء من ناحية عدم قبول الإقتراحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان إذا كان قبولها يؤدي بالنسبة «للقانون المالى إما إلى تخفيض الموارد العمومية وإما إلى إحداث تكليف عموى أو الزيادة في تكليف موجود» (الفصل الرابع والخمسون) . أو من

ناحية ضرورة الموافقة على الميزانية في ميعاد معين هو ٣١ ديسمبر ،
وإلا فإن الحكومة تفتح بمرسوم الإعتمادات اللازمة لسير المرافق العمومية
والقيام بالمهام المنوطة بها على أساس ما هو مقترح بالميزانية المعروضة بقصد
المصادقة . (الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث والخمسين) . كذلك أعطى
للملك حق عرض مشروعات وإقتراحات القوانين على الشعب للموافقة
عليها (الفصل الثاني والسبعون ، والثالث والسبعون ، والرابع والسبعون) .

أما عن نطاق اللوائح ، فانه علاوة على النصوص التنظيمية المستقلة
التي تصدر بالتطبيق للفصل التاسع والأربعين من الدستور (المقابل للمادة
٣٧ من الدستور الفرنسي) ، قرر الدستور المغربي مراسيم التفويض التي تصدر
بناء على قانون التفويض (قانون الإذن). حيث نص الفصل السابع والأربعون
(المقابل للمادة ٣٨ من الدستور الفرنسي) على أنه «يمكن للبرلمان أن يأذن
للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة وبمقتضى مراسيم
يقع التداول فيها بالمجالس الوزارية ، تدابير يختص القانون عادة باتخاذها .
ويجرى العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها . غير أنه يجب عرضها على البرلمان
بقصد المصادقة عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها .
ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلس النواب» . كذلك قرر الدستور
المغربي حق الحكومة في إصدار مراسيم قوانين «خلال الفترة الفاصلة بين
الدورات» أى دورات إنعقاد البرلمان دون النص على ضرورة قيام حالة
الضرورة لإصدار مثل هذه المراسيم . وتعرض هذه الأخيرة على
البرلمان للموافقة عليها «أثناء دورة مواءمة العادية للبرلمان» . (الفصل الثامن
والخمسون) .

وأخيراً نص الدستور المغربي على تدابير الظروف الاستثنائية التي
قررتها المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، مطلقاً في ذلك سلطة الملك دون قيد
أو شرط ، اللهم إلا بالنسبة لإعلان حالة الظروف الاستثنائية التي يعلنها
الملك بمرسوم ملكي بعد إستشارة رئيسي المجلسين النيابيين وتوجيه خطاب
للأمة . أما فيما عدا ذلك فليس هناك من شروط أو رقابة على تدابير الظروف

الإستثنائية ، الأمر الذى يؤدى إلى تفضيل المادة الفرنسية رغم ما وجه اليها من نقد على المادة المغربية التى جاءت مطلقة من كل قيد أو شرط . فلقد قرر الفصل الخامس والثلاثون من الدستور المغربى أنه وإذا كانت حوزة التراب الوطنى مهددة أو إذا وقع من الأحداث ما من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية فيمكن للملك أن يعلن حالة الإستثناء بمرسوم ملكى بعد إستشارة رئيسى المجلسين وتوجيه خطاب للأمة . وبسبب ذلك فإن له الصلاحية - رغم جميع النصوص المخالفة - فى إتخاذ التدابير التى يفرضها الدفاع عن حوزة التراب ورجوع المؤسسات الدستورية إلى سبيلها العادى . وتنتهى حالة الإستثناء باتخاذ نفس الإجراءات المتبعة لإعلانها .

• • •

إذا كان دستور الجمهورية الخامسة قد عمل على إرساء مبادئ سياسية جديدة تهدف أصلاً إلى تقوية السلطة التنفيذية ، فإن ذلك قد انعكس على علاقة القانون باللائحة .

فلقد تميزت العلاقة الجديدة بين القانون واللائحة أن غدت السلطة التنفيذية المشرع العادى ، وأصبح البرلمان المشرع المحدد لإختصاصه على سبيل الحصر والتعيين .

وكان من أثر ذلك أن اتسع نطاق اللائحة إلى حد كبير . ولا أدل على ذلك من اللوائح المستقلة التى تصدر بالتطبيق لأحكام المادة ٣٧ من الدستور ، وأوامر التفويض التى تصدر بالتطبيق لأحكام المادة ٣٨ تلك الأوامر التى تصدر فى النطاق الذى خصصه الدستور للقانون ، علاوة على إجراءات الظروف الإستثنائية التى انطلق نطاقها فى جميع مجالات القانون واللائحة .

وإذا اتسع نطاق اللائحة إلى هذا الحد الكبير بعد أن كان مقيداً فى نطاق محصور ، إنكشف نطاق القانون وتحدد فى دائرة معينة لا يمكن تجاوزها يسودها الإبهام وعدم الوضوح . هذا علاوة على الإنتقاص من وظيفة

البرلمان المحددة من ناحية التفاوض عن ضرورة إقراره لبعض مشروعات القوانين ونشرها بعد مضي مدة معينة . وذلك بعد أن كان نطاق القانون يتميز بالإنطلاق بتقرير ما يشاء من القواعد القانونية .

ورأى البعض في ذلك تغير مدلول القانون حيث برزت الفكرة الموضوعية مكان الفكرة العضوية السابقة .

على أنه إذا كان الوضع الجديد قد اختلف عن الوضع التقليدي السابق من ناحية النطاق ، فإن مكان القانون واللائحة من مجموعة القواعد القانونية مازال كما كان في ظل الوضع التقليدي .

فما زال القانون يعلو اللائحة حيث يتمتع بحجية الشيء المشرع به التي تمنع من التعرض له بالإبطال .

وما زالت اللائحة في مكانها السابق، وإن تحررت بعضها من تبعيتها للقانون نظراً لإختفاء هذا الأخير من ميدان اللائحة .

ولا أدل على بقاء اللائحة في مكانها السابق خضوعها سواء للمبادئ القانونية العامة أو للقانون ذاته بحيث يحق للقضاء القيام بالغائها إذا ثبت عدم مشروعيتها . ولم يقتصر خضوع اللائحة لرقابة القضاء على الظروف العادية ، بل ثبت ذلك أيضاً بالنسبة للظروف الإستثنائية . وكان الفضل في ذلك كله لمجلس الدولة الفرنسي الذي أثبت على مر السنين أنه منار الحرية وملاد الأفراد إذا تجاوزت الإدارة حد السلطة .

وهكذا يتضح مدى الخلاف والتشابه بين الوضع التقليدي والوضع الجديد. حيث يتمثل الخلاف في ناحية نطاق القانون واللائحة ، ويظهر التشابه في مكانهما في مجموعة القواعد القانونية .

وإذا كان الفقيه « Waline » قد أعلن أن النظام الجديد يتصف بميزة التناسق والمطلق ، وكان من المتعذر الإدلاء برأى في هذا الخصوص

ونحن في مقدمة البحث . فانه يحث الآن بعد أن تعرضنا لجوانب الموضوع أن نقرر أن علاقة القانون باللائحة في ظل الوضع الجديد لا تتميز بهذا الوصف .

ذلك أنه ليس من المنطق في شيء أن يتحدد إختصاص الهيئة الأصلية في مجال وظيفتها الطبيعية ، ثم ينطلق إختصاص هيئة أخرى في غير مجال وظيفتها .

هذا علاوة على عدم التناسق الذي يظهر في علو تشريع إستثنائي مجدّد (القانون) على تشريع عادي منطلق (اللائحة) .

وإذا كان الوضع الجديد قد وجد القضاء الفرنسي الذي حد من خطورته ، فانه قد لا يجد ذلك في الدول الأخرى التي تعمل على الأخذ به .

فالوضع الجديد إذ يهدر مبدأ الفصل بين وظائف الدولة ويعمل على الإخلال بالتالي بأساس مبدأ فصل السلطات ، يكشف عن نوع من تركيز السلطة بين يدي الهيئة التنفيذية بمجمعها بين الوظيفة التنفيذية والوظيفة التشريعية العادية . وربما كان ذلك هو سبب المعارضة التي تقارب الإجماع من الفقه الفرنسي ، علاوة على معارضة القضاء الذي عبر عنها بإخضاع التشريع الحكومي مهما كان أمره ونطاقه لرقابته .

وكم يكون من الأوفق أن نعود مرة ثانية إلى الوضع التقليدي الطبيعي مع تطويره دون الإخلال بمبادئه وأصوله الأساسية وهو الذي يتصف في نظري بميزة التناسق والمنطق .

نظام المسؤولية العقدية

نظرة انتقادية

للدكتور عبد الرحمن عياد
رئيس محكمة

١ - تمهيد :

يذهب الفقه الحاضر إلى اعتبار المسؤولية العقدية جزاء العقد في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته . وأركان هذه المسؤولية هي نفسها أركان المسؤولية التقصيرية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . ويقول هذا الفقه أن المسؤولية العقدية لا تثار إلا عند عدم إمكان التنفيذ العيني أو عند عدم عرض المدين الوفاء عيناً إذا طالبه الدائن بالتعويض .

وفي رأى جانب من الفقه أنه يجب التمييز بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية . ولذلك سمي مذهبه بمذهب ازدواج المسؤولية *dualite de responsabilité* والفكرة الموجهة لهذا المذهب في رأى أنصاره ، هي أن الروابط القانونية أما أن تنشأ عن القانون وإما أن تنشأ عن العقد ، فالحقوق والإلتزامات قد تحددها السلطة العامة وقد تحددها إرادات الأفراد فيما يرمونه من إتفاقات ومن ثم يوجد وضعان مختلفان : الوضع الأول خاص بمحماية مصلحة عامة ، والوضع الثاني خاص بمحماية مصلحة فردية . والاعتداء على المصلحة العامة هو إخلال بواجب قانوني ، فهو خطأ تقصيري . والاعتداء على مصلحة خاصة يعد انتهاكاً للوعد ، فهو خطأ عقدي . وأمام اختلاف طبيعة ومجال كل من المسئولتين في نظر هذا الرأى ، فقد أقام تنظيماً مختلفاً لكل منهما ورتب فروقاً هامة بينهما .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى وحدة المسئولية *Unité de responsabilité* لأن كل مسئولية في نظره هي بالضرورة مسئولية تقصيرية . فالواجبات العقدية لا تختلف في شيء عن الواجبات القانونية، إذ أن العقد والقانون

يرتدان إلى أساس واحد : القانون هو تعبير عن توافق الإرادات الفردية (العقد الإجمالي) والعقد هو قانون المتعاقدين . أى أن القانون عقد عام والعقد قانون خاص . ومن ثم فلا يوجد إلا نوع واحد من الخطأ هو الخطأ التقصيرى ، وكل مسئولية بالتالى هى خطأ مسئولية تقصيرية، ومن يحل بتنفيذ ما تعاقد عليه فهو يرتكب عملاً غير مشروع illicite . والدعوى التى يباشرها الدائن بطلب التعويض عن . هذا العمل ليست مؤسسة على العقد نفسه ، لأن الالتزام الأصيل الذى لم ينفذ قد انقضى بتخلف محله ونشأ التزام آخر أساسه الخطأ التقصيرى .

وتذهب غالبية الفقه الحديث إلى اتخاذ موقف وسط . ومجمل رأيها أن أركان المسئوليتين واحدة وليس هناك فرق جوهري بينهما ، ولكنهما تختلفان فى أن الالتزام بتعويض الضرر فى المسئولية العقدية مرتبط بالالتزام المتولد عن العقد وهو التزام مرده إرادة المتعاقدين ، أما فى المسئولية التقصيرية فلا يوجد اخلال بالزام سابق، بل اخلال بواجب عام هو واجب عدم الإضرار بالغير . ونتيجة لهذا الاختلاف تقوم عدة فروق هامة بين المسئوليتين وإن لم تكن هى كل الفروق التى يقول بها أنصار مذهب ازدواج المسئولية .

• • •

وفى رأينا أن نظام المسئولية العقدية نظام خاطيء كلية . ونستند بصفة أساسية فى إثبات خطأ هذا النظام وعدم جدواه ، إلى رأى لنا عن أساس نشأة الالتزام العقدى^(١) .

وخلاصة هذا الرأى أن الالتزام العقدى ينشأ بتوافر ركنين : - ركن مادى هو صدور تعبير من شخص أثر فى موقف المخاطب فتولدت لديه ثقة فى هذا التعبير ، وركن معنوى هو تحقق مسئولية صاحب التعبير عنه . والمسئولية تقتضى توافر الإدراك وحرية الاختيار . وهذان الشرطان هما

(١) فى تفصيل هذا الرأى ، رسلتنا - أساس الالتزام العقدى ، تحت الطبع -

قوام كل مسئولية مهما اختلفت صورها . وما المسئولية في معناها العام إلا المبرر البديهي للالتزام الشخصي بالنتيجة المتولدة عن نشاطه ، وسواء أكانت نتيجة ضارة أم نتيجة نافعة . إلا أنه لا يشترط بصدد المسئولية عن النتيجة النافعة توافر ركن الخطأ .

وقد يقال ان المسئولية هنا مرادفة للإرادة الواعية الحرة ، ومن ثم تتمشى مع مذهب الإرادة . إلا أن هذا المذهب إنما يحمل الإرادة على معنى الرغبة أو المشيئة ، بالنظر إلى تصويره الفلسفى القائم على أن الإرادة تتمتع بسلطان يتيح لها أن تصنع القانون الذى تخضع له ، فإذا شاءت أن تلتزم صبح التزامها لأنه جاء وفق مشيئتها . كما يترتب على هذا التصوير أن تكون للإرادة مكانة التحلل مما سبق أن التزمت به بمقتضى نفس سلطانها . وبين الإرادة على هذا المفهوم وبين الإرادة في معنى المسئولية فروق هامة منها - فيما يختص بالبحث الحالى - أن المدين إذا لم ينفذ التزامه العقدى فإن هذا الالتزام ينقضى وينشأ التزام جديد يقع فى نطاق آخر غير نطاق الإرادة فى معنى الرغبة لأنه يتولد رغماً عنها ، ومنها اختلاف مدلول الغلط فى مفهوم الإرادة كظاهرة نفسية باطنة عن مدلوله كما نعلم من توافر شرط الإدراك فى المسئولية.

وعلى الرغم من استبعاد كثير من النتائج العملية التى تترتب على الأخذ بمذهب الإرادة ، فإن نفوذ النظرة الأساسية لهذا المذهب لا زال مستمراً . وقد كان من ثمرته قيام نظام المسئولية العقدية كجزء على الإخلال بالالتزام العقدى ، وهو نظام نشأ لتفادى نتيجة شاذة يرتبها مذهب الإرادة ، ولعجز هذا المذهب عن تفسير سقوط الإلتزام فى حالة استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

* * *

٢ - الالتزام لا ينقضى لاستحالة التنفيذ لغير سبب أجنبى أو لامتناع المدين عن التنفيذ مع إمكانه .

المسألة الأولى فى صدد بحثنا هى التساؤل عما إذا كان الإلتزام الأصيل ينقضى فى حالة استحالة التنفيذ العينى للإلتزام العقدى لغير سبب أجنبى

وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه ، حتى يسوغ ان نلجأ إلى المسؤولية العقدية لنستمد منها التزاماً بالتعويض محل عمل الالتزام الأصلي ، ذلك أن وضع المسؤولية العقدية - حتى في نظرائصار ازدواج المسؤولية - يعني حتماً أن المسؤولية مصدر للالتزام بالتعويض ، والا لما كانت هناك حاجة لإثارتها واستلزام توافر أركانها وعدم تولد الالتزام إذا تخلف أحد هذه الأركان . فإذا ما أُجيب على تساؤلنا ذاك بأن الالتزام الأصلي لا ينقضي في الحالتين المذكورتين فإنه لا يكون هناك محل للبحث عن التزام جديد وعن مصدر له .

وواضح في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه أنه ليس هناك سبب لزوال التزامه ، فلا يستطيع المدين بامتناعه أن يتخلص مما التزم به . وما لجأ الدائن إلى طلب التعويض أو على الأصح إلى طلب التنفيذ بمقابل إلا لأن المدين قد امتنع عن التنفيذ العيني ، ومن ثم يتوقع الدائن أن اللجوء إلى طلب هذا التنفيذ لن يكون مجدياً وأن المدين سيضع العراقيل في طريقه .

وفي حالة استحالة التنفيذ العيني لغير سبب أجنبي ، فإن الإلتزام لا ينقضي أيضاً، إذ لا يوجد هنا سبب من أسباب زوال الإلتزام ، إلا إذا قيل أن المدين يستطيع بفعله أن يمحو التزاماً قائماً في ذمته، وهو قول غير مقبول بداهة .

ومن ثم يكون خطأ أولياً ما يذهب اليه جانب من الفقه ، وخاصة أنصار وحدة المسؤولية في قولهم أنه في حالة هلاك محل الإلتزام خطأ من المدين أو في حالة امتناعه عن التنفيذ العيني ينقضي الإلتزام ويحل محله التزام جديد ليس بمصدره العقد وإنما بمصدره المسؤولية ، بدعوى أنه إذا أبرم عقد فإن التزاماً أول ينشأ هو تنفيذ الوعد ، فإذا لم ينفذ كلياً أو جزئياً ، فإن رابطة قانونية جديدة تقوم وتولد التزاماً على عاتق المدين يجبر الضرر الذي لحق المدين (١) .

(١) مازو موسوعة المسؤولية ج ١ فقرة ١٠٠ .

وقد انتقد الأستاذان جوسران وديموج هذا القول (وإن كان نقدهما قد انصب على مذهب وحدة المسؤولية دون نقد نظام المسؤولية العقدية من أساسه). فيقول جوسران أنه ليس صحيحاً أن الالتزام ينقضى بمجرد أن المدين يرفض تنفيذه، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة للعقد (١) ويقول ديموج : «لقد قيل في معرض تأييد مذهب وحدة المسؤولية أنه إذا حدث بعد نشأة الالتزام العقدي ان استحالة تنفيذة بسبب خطأ المدين ، أن الدين ينقضى تلقائياً لإستحالة المحل ونشأ التزام قانوني جديد يخضع للمادة ١٣٢٨ ، بيد أن هذا القول يبدو لنا متوقفاً لأنه لا يتمشى مع بقاء الضمانات التي تكفل الالتزام الأصلي كافلة أيضاً لدين التعويض عند عدم التنفيذ» (٢) .

ويقول ستارك (٣) أن الالتزام الذي يتولد عن العقد هو نفسه الالتزام الذي يتولد عن عدم التنفيذ . والدليل على ذلك أن تأمينات الالتزام الأول تظل قائمة بالنسبة للالتزام الثاني وأن التعويض لا يشمل إلا الضرر المتوقع وأن تاريخ دين التعويض هو تاريخ العقد وليس تاريخ الحكم به وأن التضامن في التعويض لا يقضى به إلا إذا كان المدينون متضامنين في الالتزام الأصلي . فكل هذه أوضاع لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار الالتزام بالتعويض مؤسساً على العقد لا على مصدر مستقل ومتميز عنه .

فاذا كان غير صحيح إذن أنه في غير حالة استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي لا ينقضى الالتزام العقدي لعدم انحلال الرابطة التعاقدية، فما حاجتنا إذاً إلى اللجوء لنظام المسؤولية العقدية لتنشئ لنا التزاماً آخر ، والالتزام الأصلي باق لم ينقض ولا زلنا في دائرة تنفيذه . فاذا ما استحال تنفيذه لهلاك

(١) جوسران الالتزامات ج ٢ فقرة ٤٨٠ .

(٢) ديموج الالتزامات ج ٥ فقرة ١٢٢٢ . وفي نفس المعنى إسماعيل غانم أحكام الالتزام

١٩٦٤ فقرة ٢٨ .

(٣) ستارك : المسؤولية المدنية في وظيفتها المزوجة كضمان وعقوبة خاصة ١٩٤٧

ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .

محله أو لتعنت المدين قام التنفيذ بمقابل execution par equivalent مقامه ، وهو نفسه تنفيذ للالتزام الأصلي لا يحتاج إلى عناصر أخرى ومصدر آخر . لماذا ينفرد الالتزام العقدي دون باقي الالتزامات الأخرى بنظام خاص هو نظام المسؤولية العقدية ؟ ولماذا لم يخضع هذا الالتزام كأي التزام آخر إلى نظام التنفيذ بمقابل ؟ .

يقول الأستاذ السهوري في نظام التنفيذ بمقابل (ويسميه بعض الفقه التنفيذ بطريق التعويض execution par dommages - inrérets... فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - حتى إذا كان ممكناً - واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أنه يقوم بتنفيذ التزامه عيراً فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين فإدام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، ومادام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً من التنفيذ العيني - ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العيني ، فليس للالتزام إلا محل واحد هو عين ما التزم به المدين أى التنفيذ العيني - ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييرى ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني فالتعويض ليس بالتزام بدلى . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي لا بإرادة الدائن وحده ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقى التنفيذ العيني ممكناً أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً لمخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلاً عن التنفيذ العيني فالإلتزام هو هو لم يتغير وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون» (١) .

(١) السهوري : الوسيط ج ٢ فقرة ٤٠٩ .

ونلاحظ أولاً ما يأتي :

١ - أن التعبير الأوفق لاقتضاء حق الدائن في حالة استحالة التنفيذ لغير سبب أجنبي وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه ، هو تعبير التنفيذ بمقابل وليس التنفيذ بطريق التعويض ، لأن التعبير الأخير يوهم بأن (للتعويض) مصدر آخر غير مصدر الالتزام الأصلي وأن إقتضاء التعويض يستلزم توافر شروط أخرى .

٢ - أن التنفيذ بمقابل في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه ليس مرده اتفاقاً ضمناً بين المتعاقدين ، فهذا محض افتراض لا يتفق مع الواقع ، إذ معناه أن الطرفين قد توقعا عند إبرام العقد أنه لن ينفذ من جانب أحدهما فانفقا على التنفيذ بمقابل من النقص محل التنفيذ العيني . وإنما يرجع الأمر في التنفيذ بمقابل في هذه الحالة وفي حالة استحالة التنفيذ العيني لغير سبب أجنبي ، إلى أن التنفيذ العيني ليس مقصوداً لذاته ، وإنما لأنه يحقق منفعة معينة مقومة بمال ، فيتحول التنفيذ العيني في هاتين الحالتين إلى هذا التقويم التقدي ليحصل الدائن على نفس المنفعة التي كان سيحققها له التنفيذ العيني .

٣ - أن بعض الفقه يقول أن التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض هو بحث للمسئولية ، وأن شروط استحقاق التعويض هي شروط المسئولية العقدية ذاتها (١) وسنرى في سياق بحثنا أن هذا غير صحيح وأن التنفيذ بمقابل لا يتطلب أية شروط على وجه الإطلاق .

• • •

والذي نستخلصه مما تقدم أنه في غير حالة استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي ، يبقى الالتزام قائماً ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العيني ، إذ لازلنا في دائرة تنفيذ هذا الالتزام ، فلا حاجة بنا إذا إلى إنشاء التزام جديد وإلى

(١) راجع في ذلك أنور سلطان : أحكام الالتزام فقرة ٦٧ - سليمان مرقص أحكام الالتزام ص ١٠٩ .

البحث عن مصدره . ولنا أن تتساءل : لماذا لجأ الفقه إلى نظام المسؤولية العقدية في هذا المجال ولم يلجأ لنظام التنفيذ بمقابل ؟ ولماذا قال جانب من الفقه أن الالتزام الأصلي ينقضي ويحل محله التزام جديد ؟ يبدو أن مذهب الإرادة هو الذي يتحمل جانباً من تبعه هذا الانحراف نتيجة اعتداده بالمردود الخاطئ المعنى (الإرادة) ، فالفقه يقول عادة في هذا الصدد أن الالتزام الأصلي الناشئ عن العقد قوامه الإرادة فإذا لم ينفذ المدين التزامه فإن التزاماً آخر ينشأ بمصدره القانون la loi ومؤسس على المسؤولية ، وهذا الالتزام الجديد يقع في نطاق آخر غير نطاق مبدأ سلطان الإرادة إذ ينتهي هنا عمل الإرادة ويقوم التزام جديد لادور للإرادة فيه (١) ويقول الأستاذان هنري وليون مازو في هذا المعنى أن الالتزام الأصلي منشؤه الإرادة المشتركة للمتعاقدين أما الالتزام الآخر المؤسس على المسؤولية فينشأ خارجاً عن هذه الإرادة لأنه يتولد رغباً عن المدين (٢) .

والخطأ في هذه الفكرة إنما يرجع إلى حمل الإرادة - كأساس لنشأة الالتزام العقدي - على معنى الرغبة والمشئبة ، مما يكون معه إجبار المدين على التنفيذ بمقابل متافياً لهذا المعنى . في حين أننا لو حملنا الإرادة الواعية الحرة على معنى المسؤولية كأساس لنشأة الالتزام العقدي - فإن استمرار الاستناد إلى هذا الأساس لا ينطوي على تناقض ما في حالة تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل .

٣ - خطأ المقارنة بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية بالقول بأن قوام كليهما إخلال بالتزام سابق :

وثمة خطأ آخر يقع فيه بعض الفقه، خاصة أنصار وحدة المسؤولية ، في قولهم أنه لاخلاف بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من ناحية أن كلا منهما مصدر للالتزام ، وقوام كليهما الإخلال بالتزام سابق . غاية الأمر كما

(١) راجع في عرض رأى هذا الفقه - ستارك - ص ٢٨٥

(٢) مازو ج ١ فقرة ١٠٠

يقولون أنه في المسؤولية التقصيرية يوجد إخلال بالتزام فرضه القانون وفي المسؤولية العقدية يوجد إخلال بالتزام ناشئ من العقد (١) .

ووجه الخطأ في هذا القول أنه ليس هناك أصلاً وجه للمقارنة بين الالتزام العقدي وبين ما يسمى بالالتزام القانوني المقول بأن الإخلال به يحرك المسؤولية التقصيرية ، فالالتزام الأول هو التزام بالمعنى الفني لهذه الكلمة أما الثاني فليس التزاماً بهذا المعنى ، ذلك أن الالتزام الأول يقابله حق مالى معين يوجد في حيازة المدين قبل تنفيذه ولا يحتاج الأمر إلا إلى نقله من حيازته إلى حيازة الدائن ، ويمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه للغير وهو لازال في حيازة المدين . بينما (الالتزام) القانوني الذى يعتبر الإخلال به مولداً للمسؤولية التقصيرية بعيد عن هذا المعنى ، إذ لا يقابله حق مالى يمكن التصرف فيه فهو ليس التزاماً بالمعنى الفني ، ولكنه واجب عام على الكافة بعدم الإضرار بالغير ، والإخلال به هو الذى يكون ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية .

وقد لاحظ خطأ تلك المقارنة بعض الفقه ، ولكن ملاحظته كانت بصدد التمييز بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية ، فيقول الأستاذ عبد الحى حجازى : «فالالتزام بمعناه الفني هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، وعلى ذلك لا يوجد الالتزام إلا إذا كان هناك دائن ومدين . وكان كل منهما معيناً .. وفى المواد التعاقدية لا شك في وجود الدائن والمدين . أما فى المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل غير المشروع . والذى يوجد قبل ذلك هو واجب قانوني بعدم الإضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص ، فلا يوجد المدين ولا الدائن إلا عند الإخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانوني العام إلى التزام معين الدائن والمدين . وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن المسؤولية

(١) مازو ج ١ فقرة ١٠٠

التقصيرية تنشأ عند الإخلال بالتزام سابق فالإلتزام بمعناه الفنى غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع، هو ينشأ من الجريمة ومن ثم لا يكون سابقاً عليها . وعلى ذلك لا يجوز أن تسوى بين المسئولتين إحداهما تنشأ عن الإخلال بالتزام تعاقدى والأخرى تنشأ من الإخلال بواجب قانونى عام » (١) .

وإذا كان الفقه يستند إلى هذا القول للتمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فنحن نقول أنه ليس فرقاً بين نوعين من المسئولية ، بل هو فرق حاسم بين نظام وبين نظام آخر لا يجعل منهما نوعين لمجلس واحد ، ذلك أنه متى نشأ الإلتزام العقدى نشأ معه حق مالى للدائن لا يزول إلا باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى (٢) . وفيما عدا ذلك يتعين تنفيذ هذا الإلتزام دون تطلب أية شروط أخرى لنقل الحق من حيازة المدين إلى حيازة الدائن ، وليس هذا هو الشأن فى المسئولية التقصيرية .

وقد أخذت غالبية الفقه الحديث تتجه لا شعوريا إلى البصر بهذه الحقيقة بعدم اشتراطها ركن الخطأ فى المسئولية العقدية كما سرى فيها بعد . كما أخذ جانب من الفقه يردد القول بأن المسئولية العقدية جزاء على الإخلال بالتزام سابق ، بينما الأمر فى المسئولية التقصيرية خاص بنشأ الإلتزام ، أى أنه فى المسئولية العقدية يكون الغرض هو المحافظة على حق مكتسب بينما تستهدف المسئولية التقصيرية خلق رابطة قانونية (٣) .

وهذا هو ما يوجه اتجاه الفقه — حتى أولئك الذين يميلون إلى مذهب وحده المسئولية — إلى القول أن هناك فرقاً هاماً بين المسئولتين فى مجال الإثبات ،

-
- (١) عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ١٩٥٣ ج ٢ ص ٣٧٠ وفى هذا المعنى ستيفانى مذكراته عن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٤٩/١٩٥٠ وحشمت أبوسميت نظرية الإلتزام من القانون المدنى الجديد ١٩٥٤ فقرة ٤١١ إسماعيل غانم — أحكام الإلتزام فقرة ٤٥ وقرب ذلك جوسران ج ٢ فقرة ٦١٧ .
- (٢) القول بأن الإلتزام العقدى يتقضى لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى هو قول الفقه الحاضر أما نحن كما سبق، فنرى أن الإلتزام لم ينشأ فى هذه الحالة أصلاً .
- (٣) راجع فى ذلك برن ، روابط ونطاق المسئولتين العقدية والتقصيرية ١٩٣١ فقرة ٢٣
- (٤) بلانيول وريبير وبولا نجييه ج ٢ فقرة ٩٢٦ .

لأن مركز الدائن التعاقدى أفضل في هذه الناحية من مركز الدائن في المسؤولية التقصيرية ففى المسؤولية العقدية - كما يقولون - يوجد التزام محدد obligation precisée يكون الخطأ العقدى تبعاً له ذا معيار مادى يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الإلتزام ، بحيث لا يتحمل الدائن في هذه الحالة غير إثبات نشأة العقد ، وليس الأمر كذلك في المسؤولية التقصيرية حيث يجب على الدائن أن يثبت وقوع خطأ من المدين (١) .

ولكن الواقع أنه إذا كان الدائن العقدى في مركز أفضل من مركز الدائن في المسؤولية التقصيرية ، فليس ذلك كما يقال مرده فرق في الإثبات ، ذلك الإلتزام العقدى كما سبق القول شئ مختلف تماماً عن ذلك الواجب الذى يعتبر الإخلال به محرراً للمسؤولية التقصيرية فما هو بالإلتزام حتى يقارن بينه وبين الإلتزام العقدى ، ولكنه واجب عام بعدم الإضرار بالغير يكون الإخلال به عنصراً في ركن الخطأ . وإذا فالمسألة ليست مسألة سهولة لإثبات ركن الخطأ فيما يسمى بالمسؤولية العقدية وصعوبته في المسؤولية التقصيرية ولكن المسألة أنه في الأولى لا محل إطلاقاً لإثارة ركن الخطأ ، إذ نحن أمام الإلتزام يقابله حق للدائن يجب تنفيذه ، هذا التنفيذ لا يستلزم البحث في أى أمر آخر ، ويظل هذا التنفيذ واجباً في كل الأحوال ما دام أن مصدر الإلتزام لم ينحل بسبب أجنبى . أما في المسؤولية التقصيرية فنحن أمام بحث نشأة الإلتزام لم يكن موجوداً من قبل ، وتتطلب نشأته إثبات ركن الخطأ في حين أن عدم تنفيذ الإلتزام العقدى عينا ونحوه إلى تنفيذ بمقابل لا يستتبع نشأة الإلتزام جديد يحتاج إلى البحث عن مصدر له واستلزام توافر ركن الخطأ في هذا المصدر ، فالإلتزام هو هو لم يتغير ولازلنا في دائرة تنفيذه .

(١) راجع في ذلك برن فقرة ٤٨

٤ - اتجاه الفقه الحديث إلى عدم إستلزام ركن الخطأ فى المسئولية

العقدية :

أن أول ما يثور فى الذهن بصدد هذه المسألة ، هو أن التنفيذ العيني لا يستلزم ولا يتصور فيه استلزام وقوع خطأ من المدين فكيف تتطلب استلزام الخطأ لأعمال التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ؟ (١) .

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التقصير ركن فى المسئولية العقدية ، ومن ثم يقولون أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام لا يحرك المسئولية وأنه يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يقصر . ومن بين الأمثلة التى يضربونها لتأييد رأيهم قول الأستاذ بهجت بلوى « صاحب مصنع الزم بتوريد منتجات مصنعه فى ميعاد معين .. ولم يوردها فى الميعاد . المدين (صاحب المصنع) لم ينفذ التزامه ولم يحقق الغاية العملية التى رعى إليها الدائن ولكن ذلك لا يعنى حتماً أن صاحب المصنع مقصر فى عدم تنفيذ التزامه ومشول قبل الدائن ما لم يثبت السبب الأجبنى ، إن قد يمنعه قيام حاله الحرب وتفضيله اختياراً تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش بدافع الوطنية ، ولا يقال أن حالة الحرب إنما هى قوة قاهرة تنفى ركن السببية ما دام تفضيل صاحب المصنع تشغيل مصنعه للجيش وقع اختياراً لا نتيجة لأمر إستيلاء (٢) ولكن هذا القول مردود بأن دافع الوطنية الذى ينفى ركن التقصير ، يقتضى أن يدفع صاحب المصنع للدائن مقابل ما فاتته من نفع بسبب عدم تنفيذ الأول لإلزامه ، وإلا كان القول بغير ذلك معناه أن الدائن هو الذى تحمل النتيجة كلها أو بعضها رغماً عنه ، وصاحب المصنع هو الذى أرغمه على ذلك وأدعى الوطنية على حسابه .

ويضرب الأستاذ بهجت بلوى مثلاً آخر فيقول « كذلك يعتبر الإخلال

(١) قرب هذا المبنى ستارك ص ٢٩٤ - ٢٩١

(٢) بهجت بلوى : أصول الإلتزام فقرة ٣٠١ .

غير تقصيرى إذا كان راجعاً إلى خطأ أو جهل لم يكن من الممكن دفعه *erreur ou ignorance inévitable* أو بتعبير أدق إذا كان هذا الخطأ أو الجهل مما يقع فيه الرجل المتوسط الحرص إذا وجد في نفس الظروف الموضوعية . مثل هذا الخطأ أو الجهل لا يعتبر تقصيراً . والأمثلة على هذا عديدة في أحكام المحاكم فقد حكم بأن المدين الذى يسئ تفسير شروط العقد في صورة يلقى فيها التفسير لا يسأل عن تنفيذه الخاطئء» (١) ولكن هذا القول مردود بأن المشكلة هنا لاعلاقة لها بالمسئولية وإنما تتعلق بمسألة أولية هي تحديد مضمون الالتزام ومن ثم فهي مسألة تفسير .

ومع ذلك فإن أنصار نظرية الخطأ يسلّمون بأن هناك التزامات يتحمل المدين نتيجة عدم تحقيقها حتى ولو كان غير مقصر ، كما في ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فلا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه الالتزامات باثبات أنه لم يخطئ ، فلو أن البائع مثلاً كان يجهل أنه غير مالك للمبيع وكان معنوراً في جهله فانه يلزم مع ذلك بتعويض المشتري (٢) .

وفى رأى الأستاذ اسماعيل غانم (٣) على - خلاف رأى الشائع - أن السبب الأجنبي الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ لا ينفي علاقة السببية بمعناها الدقيق - وهى التى تربط بين عدم التنفيذ والضرر - وإنما ينفي عن عدم التنفيذ وصف الخطأ بنفى نسبته إلى المدين . وعلى ذلك فانه إذا كان المدين لا يلزم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن سبباً أجنبياً لا بد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلاً ، فانه لا تفسير لانتفاء المسئولية في هذه الحالة إلا بانتفاء الخطأ ، إذ أن هذه الحالة تعنى أن المدين غير ملوم لعدم استطاعته القيام بالتنفيذ .

(١) هجعت بدوى : الموضع السابق .

(٢) راجع في ذلك هجعت بدوى فقرة ٣٠٢ وشارك ص ٢٧٦ .

(٣) أحكام الالتزام فقرة ٤٦ .

وسنرى عند بحث ركن علاقة السببية أن أثر السبب الأجنبي في نفيه الخطأ عن المدين إنما يرتد إلى بدء العلاقة التعاقدية ، فيمنع نشأة الالتزام أصلاً .

وقد أصبح الرأى الغالب في الفقه يتجه إلى عدم اشتراط توافر ركن الخطأ في المسؤولية العقدية أو على الأقل إلى إعتباره كما مهملاً ، بمعنى أن مجرد عدم التنفيذ للالتزام يحرك المسؤولية ما لم يثبت المدين قيام السبب الأجنبي ، فلا يباح له أن يثبت أن عدم التنفيذ غير راجع إلى تقصيره ، فهو مسئول عن مجرد فعله simple fait فإذا ما نشأ الالتزام في ذمته فيجب عليه تنفيذه ويكون مسئولاً عن عدم التنفيذ حتى لو زالت أهليته بعد نشأة الالتزام ، وحتى لو كان يجهل نشأة هذا الالتزام ، فلا حاجة إذن لفحص سلوكه لمعرفة ان كان قد بذل عناية الشخص المعتاد أم لا (١) .

على أن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى رأى مخالف في المظهر وإن كان ينتهى إلى نفس نتيجة الرأى السابق ، إذ يقول أن المدين يعتبر مسئولاً بمجرد عدم التنفيذ لأن عدم التنفيذ هو نفسه الخطأ العقدى أياً كان السبب في ذلك ، فليس عدم التنفيذ قرينة على الخطأ بل هو الخطأ نفسه ، فإذا لم ينفذ المدين التزامه فهو مخطئ ولا يجوز له أن يثبت أنه لم يخطئ ، ولا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إلا باثبات الأجنبي (٢) .

وهذا هو الرأى الذى تبناه القانون المدنى المصرى الجديد ، فقد نصت المادة ٢١٥ منه على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » . وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه « يتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدى بوجوب الوفاء عيناً ، إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلاً ، وعلى هذا النحو يفترض التخلف

(١) راجع في عرض هذا الرأى ، برن فقرة ٢٢ ، وجوسران ج ٢ فقرة ٦١٢ .

(٢) بلاتيل وريبر وبولانجيه ج ٢ فقرة ٧٠٣ . وكولان وكايتان ودنى لاموراندهير ج ٢

تقصير المدين أو خطئه. فإذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه. يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه (١) ويقول معظم الشراح المصريين أن الخطأ العقدي في القانون المدني الجديد هو مجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أيا كان السبب في ذلك ، «فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه . . فإذا لم يتم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي ، يستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن عمده أو عن إهماله أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال)» (٢) «فليس صحيحاً أن عدم التنفيذ يفترض فيه الخطأ من جانب المدين ، وإنما عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته ، فإذا قام الدليل على عدم التنفيذ كنا بصدد خطأ ثابت لا خطأ مفروض» (٣) .

والحقيقة أنه لا فرق بين هذا الرأي وبين الرأي السابق في النتيجة التي ينتهي إليها كلاهما ، ما دام أن الرأي الثاني يقول أن المدين يعتزم مستولاً لمجرد عدم تنفيذه للإلتزامه أيا كان السبب في ذلك ، ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى مجرد فعله دون عمد أو إهمال ومن ثم لا يباح له أن يثبت أنه لم يقصر . ولكن هذا الرأي الثاني يتوجه إليه النقد من ناحية ما يشوبه من المخالف وتناقض في صياغته، إذ يعتبر عدم التنفيذ مرادفاً للخطأ ، مع تسليمه في الوقت نفسه بأن عدم التنفيذ يحرك المسؤولية ولو كان قد وقع دون تقصير . ومن ثم فوصف عدم التنفيذ هنا بالخطأ وصف زائد لأنه غير ضروري، إذ يمكن القول مباشرة أن المسؤولية العقدية تتوافر بحلوث الضرر الناشئ عن من عدم تنفيذ المدين للإلتزامه دون حاجة لإثارة فكرة الخطأ أصلاً . ولن نخسر هذا الرأي بذلك شيئاً . هذا إلى أن وصف عدم التنفيذ هنا بأنه خطأ في كل حالة دون فحص سلوك المدين يفرغ الخطأ من مقوماته ويتعد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٤٢ .

(٢) السهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٤٢٧ .

(٣) عبد المنعم الصده : مصادر الإلتزام فقرة ٣١٠ ، وفي هذا المعنى حشمت أبوستيت فقرة ٣٥٤ وأنور سلطان ، مصادر الإلتزام فقرة ٢١٨ وسليمان مرقص ، أحكام الإلتزام ص ١١٠ .

به عن معناه وجوهره لينتهي به إلى صفة عامة مجردة تطبق تطبيقاً عاماً دون التحقق مما إذا كان المدين قد قصر حقيقة أم لا (١) .

ويذهب رأى قوى في الفقه الحاضر إلى التفرقة بين نوعين من الالتزامات العقدية الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de resultat والالتزام بوسيلة obligation de moyen ، ففي الالتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ خطأ ثابتاً من المدين ، بينما في النوع الثاني يتعين على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب خطأ بأن أهمل في تنفيذ التزامه (٢) .

ويقول الأستاذان هنرى وليون مازو في عرض هذا الرأى وتأييده أن الالتزام أما أن يكون معيناً ومحددًا obligation precisée et déterminée وهذا هو الغالب في الالتزامات التعاقدية ، وأما أن يكون التزاماً عاماً بوجوب اليقظة والعناية obligation generale de prudence ففي النوع الأول إذا لم ينفذ المدين التزامه فيكون قد انتحى مسلكاً لا يجب أن يسلكه ومن ثم يكون La seule inexécution provenant du fait du débiteur constitue donc une faute مجرد عدم التنفيذ منطوياً على خطأ لأنه إذا ما أبرم عقد تحمل فيه المدين بالتزام محدد فيجب عليه أن ينفذه فإن لم يفعل كان مخطئاً ، وعدم التنفيذ هنا ليس قرينة على الخطأ presumption de faute وإلا كان مؤدى ذلك ان يباح للمدين أن يثبت أنه لم يخطئ . ولكن الخطأ هنا ثابت prouvée أو محقق réalisée وهو خطأ يكفي بنفسه نفسه Il y a la une faute qui se suffit à elle - même . أما النوع الثاني وهو الالتزام العام باليقظة والعناية فهنا يلزم المدين لا بنتيجة محددة ، ولكن يبذل عناية أو اصطناع يقظة للوصول إلى نتيجة ، كالطبيب الذى يعالج مريضاً ، والوديع المكلف بالمحافظة على الودعة . فإذا لم ينفذ المدين هذا الالتزام العام ، فقد أخطأ . ويكون عدم التنفيذ هنا مرادفاً للخطأ

(١) في هذا المعنى شارك ٢٧٦ .

(٢) راجع في ذلك بلانويل وريبرو وامان ج ٦ فقرة ٣٧٧ هنرى وليون مازو ج ١ فقرة ٦٦٩ وما بعدها إستيفاني ، مذكراته ص ٩٣ شارك ص ٢٩٣ .

كما هو الحال بالنسبة للإلتزام المحدد ، ولكن الصعوبة هنا هي في معرفة ما إذا كان هناك عدم تنفيذ أم لا ، فبينما في الإلتزام المحدد يكون عدم التنفيذ متضمناً خطأ ظاهراً يتقرر تلقائياً *automatiquement* ، وبكفى فيه أن يثبت أن الإلتزام لم ينفذ دون حاجة لفحص سلوك المدين والبحث عما إذا كان قد تصرف بحكمة وعناية فإن أمر الإلتزام العام باليقظة والعناية يستلعي التحقق عما إذا كان المدين قد راعى في تصرفه ما يقتضيه هذا الإلتزام من تبصر وتدبر وحيطه . وهذا يتطلب فحص سلوكه ، ويكون عبء إثبات وقوع تقصير منه على عاتق الدائن (١) .

• • •

وإذا فنحن أمام آراء ثلاثة :

١ - رأى يقول أن الخطأ ليس ركناً في المسؤولية العقدية .

وهذا الرأي هو الذى يتفق مع التحليل العلمى للمسألة بما أشرنا إليه من قبل من أنه في غير حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبي فإن الإلتزام لا يسقط ويجرى تنفيذه هو نفسه عقابل، ومن ثم لا حاجة إلى البحث عن الزام جديد ولا حاجة بالتالى إلى البحث عن مصلر له ولا محل إذا لاستلزام توافر ركن الخطأ لاقتضاء مبلغ من النقود محل محل التنفيذ العيني .

٢ - رأى يقول أن عدم تنفيذ الإلتزام هو الخطأ ، وهو خطأ ثابت لا مفروض بحيث لا يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يخطئ وقد رأينا أن نتيجة هذا الرأي تنهى إلى نفس نتيجة الرأى السابق .

٣ - رأى يفرق بين الإلتزام بتحقيق نتيجة وبين الزام بالعناية، ويرى أنه في الإلتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ محرراً للمسؤولية ، وفي الإلتزام الثانى يتعين على الدائن أن يثبت تقصير المدين .

(١) مازو ج ١ فقرة ٦٦٦ - ٦٧٠ .

وسرى في الفقرة التالية أن هذه التفرقة ، وذلك الخلاف بين الآراء الثلاثة إنما يرتد إلى خطأ في أصل المسألة ، وهو عدم تحديد مجال الالتزام العقدي. وإمتهاده خارج نطاقه الحقيقي ، فتشأ عن ذلك اختلاط الأمور وتفقدتها ، وبجلاء هذا الخطأ تزول عقبة جوهرية كانت تحجب الرؤية وتحول دون وضع الأمور في نصابها الصحيح ، ومن ثم يكون الطريق ممهداً لإلغاء نظام المسؤولية العقدية .

٥ - تحديد الالتزام العقدي :

يقول الفقه الحاضر في تحديد نطاق المسؤولية العقدية أن أعمالها يجرى في حالة الإخلال بالالتزام عقدي إخلالاً نشأ عنه ضرر . وفي بيان ما هو الالتزام العقدي يقول الفقه أنه لا صعوبة إذا كان الالتزام منصوباً عليه صراحة في العقد ، ثم يقول أنه إلى جانب ذلك قد يستخلص من إرادة المتعاقدين الضمنية قيام التزام عقدي ما (١) .

يبد أن الفقه الحاضر تحت تأثير الأهمية التي أضفاها على المدلول الخاطيء للإرادة كمبرر للالتزام العقدي ، قد وسع في دائرة هذا الالتزام ، فاقحم فيها كل تعهد تقول به الإرادة صراحة أو ضمناً ولو كان محل هذا التعهد موجوداً قبل انعقاد العقد أو موجوداً بغض النظر عن إنعقاده، وظن على أن هذا التعهد الذي يتضمن واجباً بالعناية وعدم التسبب في الإضرار بمحل لم ينشئه العقد يعتبر التزاماً عقدياً ، بحيث يكون الضرر الذي يلحق بهذا المحل ضرراً عقدياً تحكمه المسؤولية العقدية مع أنه في ذات الوقت يعتبر ضرراً تقصيرياً تحكمه المسؤولية التقصيرية ، ومن هنا نشأ ازدواج المسؤوليتين ومشكلة الخيرة بينهما وما اثارته من صعوبات وخلافات استحالت حلها نتيجة هذا الخطأ في أصل المسألة .

(١) راجع على سبيل المثال ما زو ج ١ فقرات ١٥٥ - ١٦٩ ، وبرن فقرة ١٧٦ ، ومارتين الخيرة بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية ١٩٥٧ ص ٣٥

والحقيقة أن ما يسمى بالضرر العقدي إنما هو ذلك الضرر الذي يمس قيمة مالية أنشأها العقد . أما الضرر الذي يصيب حقاً مالياً لم ينشئه العقد فمجاله المسؤولية التقصيرية حتماً ، وإلا تجاوز الالتزام العقدي قيمته الصحيحة وكان معنى ذلك أن يعتبر مجرد الواجب بعدم الإضرار بالغير التزاماً ، بالمعنى الفني للإلتزام .

ولنضرب بضعة أمثلة على ما نقول به :

١ - شخص اشترى آلة فانفجرت بعد شرائها ولحقها تلف كلي أو جزئي وأصيب المشتري في شخصه أو في مال آخر له . هنا نحن أمام مسألتين متميزتين تماماً : مسألة تلف الآلة ، وهذه مسألة عقدية تخضع لتمثل في الإخلال بالالتزام العقدي ويحكمها نظام التنفيذ مقابل (وفي رأى الفقه الحاضر المسؤولية العقدية) حيث يتعين على البائع أن يدفع للمشتري مقابل التزامه بضمان العيب دون حاجة لإثبات تقصير من جانبه . والمسألة الثانية مسألة إصابة المشتري في جسمه أو في مال آخر له نتيجة هذا الانفجار . والضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشأ العقد فيكون ضرراً تقصيرياً تحكمه المسؤولية التقصيرية وحدها .

٢ - شخص باع ماشية موبوءة فانتقلت منها العدوى إلى مواشي المشتري الأخرى . الالتزام هنا خاص بالماشية المباعة فقط ويلزم البائع بالضمان عنها في كل الأحوال دون استلزام وقوع خطأ منه . أما الضرر الذي أصاب المشتري في مواشيه الأخرى فهو ضرر تقصيري يتطلب توافر أركان المسؤولية التقصيرية لأنه ضرر لحق بقيمة مالية لم ينشأ العقد فلا يعتبر من ثم نتيجة لإخلال بالالتزام عقدي وإلا كان القون يغير ذلك معناه أن قيمة الإلتزام العقدي تشمل قيمة المواشي الأخرى التي إنتقلت إليها العدوى.

٣ - مستأجر لعين انهارت فأصابته مقولاته بتلف . هنا لم ينفذ المؤجر التزامه بانتفاع المستأجر بالعين فيكون للمستأجر الحق في اقتضاء مقابل هذا الإلتزام ما دام أن هذا الإلتزام لم ينحل لسبب أجنبي . أما الضرر الذي لحق المستأجر في مقولاته فهو ضرر تقصيري لا عقدي .

٤ - مستأجر لعين حدث بها حريق أثناء شغله لها . الضرر الذى لحق المالك المؤجر لم يكن نتيجة لإخلال المستأجر بالتزام عقدى بالمعى الفنى للالتزام ، بل نتيجة الإخلال بواجب المحافظة على العين المؤجرة من جانب المستأجر . وليس محل هذا الواجب شيئاً أنشأه عقد الإيجار ، فالمسئولية هنا تقصيرية وقيام هذا الواجب إنما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ فى هذه المسئولية .

٥ - الطبيب الذى يتعاقد مع مريض لعلاج . إذا لم يقم الطبيب بالعلاج المتفق عليه ، فالمريض له حق التنفيذ بمقابل فى كل الأحوال دون حاجة لإثبات تقصير الطبيب ويقتدر التنفيذ بمقابل هنا بما يتكبده المريض من نفقات علاجه لدى طبيب آخر . أما إذا كان المريض قد أصابه ضرر بسبب امتناع الطبيب عن تنفيذ التزامه وعلاجه ، أو بسبب عدم مراعاته الأصول العلمية والفنية فى العلاج ، فالضرر هنا تقصيرى تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٦ - المسافر الذى يصاب أثناء النقل . الضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشأه عقد النقل فتكون أمام مسئولية تقصيرية . والأمر كذلك فى عقد نقل الأشياء .

وبين من هذه الأمثلة أن العقد إذا أنشأ للمتعاقدين قيمة مالية فيجب على المتعاقد الآخر المدين أن يحققها له بعينها فان لم يفعل الزم بمقابل هذه القيمة بمقتضى التزامه الأصلى الناشئ عن العقد دون حاجة لاستلزام خطأ من جانبه . أما إذا كانت المنفعة التى انتقصت لم تتولد عن العقد وإنما هى منفعة مستقلة عنه ، فان الإضرار بها يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية ويستدعى البحث فى توافر أركانها .

ويلاحظ أنه أحياناً لولا إبرام العقد لما نشأت المسئولية التقصيرية عن تعويض ضرر أصاب المتعاقد فى قيمة لم تنشأ عن العقد ، كالوديع فى التزامه بالمحافظة على الوديعة ولم يكن محملاً بهذا الإلتزام من قبل ، والأجير الذى

يتعهد بمصاحبة كفيف ورعايته . ولكن ليس معنى ذلك أن المسؤولية هنا ذات أصل تعاقدى أو أنها مسئولية تعاقدية ، ذلك أن الواجب الذى أنشأه التعاقد ليس إلا عنصراً واقعياً فى ركن الخطأ فى المسؤولية التقصيرية . فالمعروف فى مبادئ هذه المسؤولية أن الشخص لا يسأل عن حدوث ضرر لغيره لمجرد امتناعه عن دفع هذا الضرر ، ولكنه يكون مسئولاً إذا كان مكلفاً بدفع هذا الضرر بموجب إتفاق أو نص فى القانون . فرجل الشرطة إذا قصر فى منع جريمة كان فى استطاعته أن يمنعها يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية لأن هذا يعد إخلالاً بواجبات وظيفته ، ولا يعنى هذا أن المسؤولية ليست تقصيرية أو أنها مسئولية مزدوجة : تقصيرية ووظيفية (فى مجال التعويض عن الفعل الضار) .

وخطأ الفقه الحاضر أنه لم يفرق بصدد ذلك الإلتزام بالحفظ أو العناية بين مسألتين متميزتين تماماً : مسألة لإخلال الملزم بهذا الإلتزام بامتناعه عن القيام به أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه ، وهذه مسألة عقدية بحجة تحكمها نظام التنفيذ بمقابل . والمسألة الثانية هى مسألة حدوث ضرر بالشئ موضوع الإلتزام بالعناية ، وهذه مسألة تحكمها المسؤولية التقصيرية وحدها، لأن قيمة هذا الشئ لا تدخل ضمن قيمة هذا الإلتزام، فهو لم ينشأ وقد كانت موجودة قبل وجوده . وقد ظن الفقه الحاضر أنه مادام أن الضرر الذى حدث كان نتيجة للإخلال بواجب أنشأ العقد فيكون الضرر هنا تعاقدياً ، ولم يلاحظ أن الإخلال بهذا الواجب ليس إلا عنصراً فى ركن الخطأ أحد أركان المسؤولية التقصيرية أى أنه ليس إلا واقعة بالنسبة لهذه المسؤولية . فكل ما نبهته على ضوء الواقع بصدد قيام هذه المسؤولية هو معرفة أن كان المتعاقد قد أخطأ أم لا بأن كان فى استطاعته أن يتفادى وقوع الضرر المكلف بمنعه أم لم يكن فى استطاعته ذلك .

والصورة العكسية لهذا الوضع هو ما يسمى فى الفقه باتفاقات نقل المسؤولية التقصيرية ، كمالك الحيوان أو السيارة يوجرها لآخر ، فلا يعتبر المالك مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الغير من الحيوان أو السيارة لعدم

توافر ركن الخطأ من جانبه . وإنعدام هذا الركن يرجع إلى الاتفاق الذى بمقتضاه نقل واجب الحراسة إلى المستأجر .

ففى الصورة الأولى أنشأ الاتفاق واجباً بالعناية ، وفى الصورة الثانية نقل الاتفاق هذا الواجب على عاتق شخص آخر . وفى كلتا الصورتين عنصر واقع بالنسبة لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية لا يرتد بها إلى مسئولية اتفاقية .

وقد كان عدم البصر بهذه الحقيقة ما أدى إلى شلوذ تطبيق قاعدة واحدة على حالتين متميزتين تماماً حالة : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، وحالة حدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد مما يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية وحدها . فإذا كانت القاعدة العامة تنص على مساءلة المدين العقدى ما لم يثبت أنه استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن من الظلم أعمال هذه القاعدة فى الحالة الثانية بمساءلة المدين ما لم يثبت قيام القوة القاهرة . دون أن يباح له التدليل على انتفاء أى خطأ من جانبه باثبات أنه اتخذ العناية الكافية . ولذلك إضطر الأستاذ تونك (1)، فى محاولة لرفع هذا الشلوذ ، إلى تعديل الفكرة السائدة عن القوة القاهرة بأن نفى عنها عنصرى عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ، ونزل بها إلى مستوى أية عقبة لا تستطيع عناية الشخص المعتاد bon père de famille أن تتغلب عليها ، ومن ثم إعتبار القوة القاهرة مرادفة لانتفاء الخطأ . فى حين أنه لا حاجة بنا إلى هذا التعديل فى فكرة القوة القاهرة ، إذ أن المسئولية التى استرعت نظر الأستاذ تونك ووجد من الظلم عدم إمكان نفيها إلا باثبات القوة القاهرة فى معناها السائد ، إنما هى مسئولية تقصيرية يستلزم لتوافرها قيام ركن الخطأ ، بدليل الأمثلة التى ضربها أو أشار إليها لبيان عدم استحالة نفى للسألة عنها إلا باثبات القوة القاهرة فيما تستلزمه من توافر شرطى عدم إمكان التوقع

(١) مقالة عن القوة القاهرة وإنتفاء الخطأ فى المواد التعاقدية ، بالمجلة الفصلية ١٩٤٥

واستحالة الدفع فهذه الأمثلة لا تتعلق بعدم تنفيذ التزام عقدي بالتحديد الذى نقول به ، وإنما تتعلق بمحدث ضرر بمحل لم ينشئ التعاقد (١) .

وعلى ضوء ما تقدم ، نستطيع أن نستجلى الحقيقة فى الخلاف الشهير حول التزام السلامة obligation de sécurité فى عقد نقل الأشخاص (٢)

(١) وهذه هى الأمثلة التى ساقها الأستاذ تورنك فى محله المذكور .

مسئولية شخص عن إصابة حصان كان قد أنتوى شراءه وعندما كان يحاول تجربته فى جزيرة إقفلت منها ووقع على الأرض فجرح .

— مسؤولية عمال جراج عن حريق شب بسيارة أثناء قيامهم بإصلاحها .

— مسؤولية المستير من تلف الشيء المعار .

— مسؤولية الدائن المرتب رهنًا سيارتيًا عن فقد الشيء المرهون أو تلفه .

— مسؤولية المودع عنه عن تلف الوديعة .

— مسؤولية شركة سكة حديد عن تصرف ناظر محطة لما يبيمه بضائع — كانت معدة للنقل — بشمن منخفض تقادى من استيلاء قوات معادية عليها كان يتوقع قدومها قبل أن يتمكن من إبعادها من متناول يدها .

(٢) فيما يختص بالزام السلامة فى عقد العمل ، ذهب الفقه أولاً إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية ، فإذا أصيب العامل أثناء تأدية عمله فان صاحب العمل لا يكون ملزماً بتعويضه عن إصابته ما لم يثبت العامل نسبة خطأ إليه . بيد أن حيز هذا الأساس وقصوره عن حماية العامل أصبح جلياً بعد التقدم الآلى الصناعى الذى أدى إلى زيادة مخاطر العمل وزيادة تتصل بطريقة الإنتاج نفسه وتكون فيه بحيث أصبح سبب الإصابة غالباً مجهولاً أو نتيجة قوة القاهرة .

ولللاج جانب من هذا الوضع ذهب فريق من الفقه إلى أن عقد العمل يتضمن التزاماً على عاتق صاحب العمل بكفالة سلامة العامل فإذا أصيب العامل كان صاحب العمل مسئولاً مسؤولية عقدية بمقتضاها لا يتحمل المأمول عبء إثبات الخطأ ويكون صاحب العمل ملزماً بالتعويض ما لم يثبت إلتفاء خطئه ناقامة الدليل على أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي . وقد حيب على هذا الرأى أنه يقوم على افتراض إصراف نية المتعاقدين إلى تحميل عقد العمل هذا الإلزام ، وهو افتراض مخالف للواقع .

(راجع فى عرض هذا الموضوع / مازو ج ١ فقرة ١٥٦ وفؤاد مرسى مقالته عن أساس التعويض عن إصابات العمل بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢٢ ، محمود جلال الدين ذكى : مقالته عن ضمان إضطار المهنة فى القانون المصرى بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢٧) .

فقد ذهب رأى إلى أن هذا الالتزام عقدي يرتبه عقد النقل ويتضمن التزام الناقل بأن يصل المسافر إلى محطة الوصول سليماً ، وهو التزام محدد أى التزام بنتيجة ، فإذا أصيب المسافر أثناء النقل فلا يتحمل عبء إثبات خطأ الناقل ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات أن وقوع الحادث يرجع إلى سبب أجنبي . وقد انتقد البعض هذا الرأى بحجة أن القول بتولد التزام السلامة عن عقد النقل هو تحميل لهذا العقد فوق ما يحمله لعدم إنصراف إرادة المتعاقدين إليه ، ولأنه لا يمكن إستخلاص إنصراف نية أمين النقل إلى أن يتعهد تعهداً مطلقاً بسلامة الراكب من كل حادث لا يرجع إلى خطئه .

ويلاحظ أن هذا الخلاف مثاره عدم وجود نص صريح في عقد النقل يتضمن التزام السلامة . ولا خلاف بين الفقه الحاضر في إعتبار هذا الالتزام التزاماً تعاقدياً إذا نص عليه في العقد .

ولكننا نقول أنه سواء تضمن العقد هذا (الالتزام) أم لم يتضمنه ، فهو ليس التزاماً تعاقدياً البتة ، وليس التزاماً بالمعنى الفني للالتزام ، فليس الأمر في تكييف الالتزام بأنه عقدي أو غير عقدي مرده إلى ما تقول به أو لا تقول به إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، وإنما يتحدد الالتزام العقدي بأنه يمثل قيمة لم تكن موجودة قبل إبرام العقد ، قيمة نشأت عن العقد وليست قيمة وجدت قبل إبرامه أو وجدت بغض النظر عن إبرامه .

== وفى رأينا أن العامل الذى يشتغل في مشروع لحساب رب العمل ويضاب أثناء عمله باصابة تعتبر من مخاطر المهنة أى ليست نتيجة وقوع خطأ منه ، يستحق تعويضاً عن إصابته هذه قبل رب العمل تأسيساً على مبدأ الأثر بلا سبب ، لأن هذه المخاطر تسقط ضمن تكاليف المشروع التى يتحملها صاحب . ، والا كان في تحميل العامل بها أثراً سلبياً لرب العمل . وهذا هو نفس ما هو مسلم به في الفسالة - إحدى تطبيقات مبدأ الأثر بلا سبب ، وفيها يقول الأستاذ السهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٨٩٧ وقد يلحق الفضول ضرر أثناء قيامه بالعمل فإذا كان الضرر الذى إصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المأثوف من العناية ، وكان وقوعه حلي بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجسدها أثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه .

فسلامة الراكب لم ينشأ عقد النقل وإنما كانت موجودة قبل وجوده . ومن ثم لا يكون الإخلال بهذه السلامة مسألة عقدية ، وإنما الأمر هو أن الناقل ملزم قانوناً بمناسبة تنفيذ عقد النقل بعدم التسبب بخطئه في إصابة المسافر الذى ينقله ، وهذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الفنى وإنما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ .

فاذا ما انتهينا إلى ما تقدم تعين البحث فيما إذا كانت الغاية العملية من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى يمكن أن يتحقق أو هو محققه فعلاً فى مجال المسؤولية عن الفعل الضار .

ان هذه الغاية هى إعفاء المسافر من إثبات خطأ الناقل لصعوبة هذا الإثبات ، إذ يتعذر عليه غالباً أن يعرف السبب الذى أدى إلى وقوع الحادث .

يبد أن هذا أمر ميسور فى ظل نظام المسؤولية الشبئية التى تقضى بمسائلة حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراسها عناية خاصة بتعويض الضرر ما لم يثبت هو أن وقوعه كان بسبب أجنى ، ومن ثم يعفى المسافر فى سيارة أو قطار أو طائرة من إثبات خطأ الناقل (١) .

والحقيقة أن الذى وجه نشأة فكرة المسؤولية الشبئية شعورياً أو لا شعورياً ، هو ما يجب أن يكون عليه التنظيم الواقعى التطبيقى لتوزيع مهمة الإثبات بصدد المخاطر التى تحدث عن الآلات الميكانيكية ومن الأشياء التى تتطلب حراسها عناية خاصة ، فالمطلوب هنا هو أن نتوصل إلى الحقيقة فنعرف سبب وقوع الحادث . وهذا يقتضى منطقياً أن يتكلم حارس الشيء أولاً فيبين سبب الحادث ويدلل ان ادعى أنه وقع بغير خطأ منه على صحة

(١) راجع فى ذلك سليمان مرقس تعليق على حكم محكمة إستئناف الإسكندرية فى ١٩٥١/٢/١٩ بمجلة التشريع والقضاء السنة الثامنة ص ٢٨٤ ، وتعليقه على حكم محكمة إستئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٥/٢١ بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١١ وما بعدها ، واكتم الخولى الوسيط فى القانون التجارى ج ٤ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ فقرة ٢٣٥ .

ادعائه ، ولا نطلب ذلك عن المضرور ، إذ أن الراكب في قطار أو طائرة أو سيارة مثلاً يعجز غالباً عن معرفة سبب الحادث ومن باب أولى يعجز ورثته ان كان قد لقي مصرعه في الحادث .

وهذا هو الحل الذى أخذ به القانون الانجلو أمريكى Common Law إذ يعتبر مسئولية الناقل عن سلامة المسافر مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ . ولكن هذا القانون أوجد قرينة إثبات لمصلحة المسافر وهى القرينة المعروفة باسم *res ipsa loquitur* وهى قاعدة إثبات وليست قاعدة موضوعية وترجمتها أن الشيء يتحدث عن نفسه *The thing speaks for itself* ومعناها أن من يدعى خلاف الظاهر عليه أن يتفيه ، وهذا يقتضى منه أن يتكلم أولاً ويقوم بإيضاح الأمر . ويستلزم العمل بهذه القاعدة توافر شرطين أولهما أن يخضع الشيء الذى تسبب فى أحداث الضرر لسيطرة المدعى عليه وحده ، وثانيهما أن يكون الحادث مما لا يقع بحسب الجرى العادى للأمر . لذا بذل المسيطر على الشيء العناية الواجبة (١) .

وهكذا حقق نظام المسئولية الشيثية والنظام الإنجلو أمريكى - وكلاهما يرجع إلى أساس واحد - الغاية المتبغاه من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى ، وذلك بمراعاة مركز الراكب من حيث عجزه الواقعى عن معرفة سبب الحادث .

يبد أن البعض يعترض على نظام المسئولية الشيثية بمقوله أنه يقصر عن حماية الراكب . فيقول الدكتور ثروت أنيس : وليس يكفى لحاية الراكب الالتجاء إلى تعويض المسئولية التقصيرية لأن فى ذلك تحميله عبء إثبات الخطأ وهو عبء ثقيل كما رأينا . وليس يكفى أيضاً الاستناد إلى قواعد المسئولية عن الأشياء إذ تشترط هذه أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابى للشيء

(١) راجع فى تفصيل هذه القاعدة ، ثروت أنيس الأسيرطى ، مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ١٩٦٠ فقرة ١٢٩ وما بعدها .

فلا تسعف الضرر إذا لم يكن الضرر ناجماً عن مثل هذا التدخل. ثم ان تطبيق المسؤولية التقصيرية يؤدي في مجال المسؤولية عن عمل الغير إلى قصر مسؤولية الناقل على نطاق أعمال تابعة دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه من غير تابعة» (١) .

ويرد الأستاذ سليمان مرقص على هذا الإعراض فيقول : غير أن هذا الإعراض مردود بأن كلا من النظامين — نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية — له مزاياه ونقائصه. فإذا صح أن نظام المسؤولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من التاحيتين اللتين أبرزها الرأي المعارض فإن نظام المسؤولية العقدية يقصر هو أيضاً عن حماية الراكب من حيث أنه يجبر الإتفاق على الإعفاء من مسؤولية الناقل فيفقد الراكب بذلك كل حماية وأنه لا يخول المصاب تعويضاً إلا عن الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد. في حين أن نظام المسؤولية التقصيرية يكفل حماية أوفى لأنه لا يميز شروط الإعفاء عن المسؤولية ويحول المصاب تعويض جميع الإضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة . وليس المهم هو قدر المزايا التي يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما وإنما المهم هو الأساس القانوني الذي يسند تكييف المسؤولية مع كفاءة القدر الكافي من الحماية للراكب . وقد توفر لدينا هذا الأساس في المادة ١٧٨ من التقنين الجديد . فاعتدنا عن الإلتحاء إلى أرهاق العقد والمسؤولية العقدية تحقيقاً للعدالة» (٢) .

بل أنه من المتوقع بعد إنعدام كل فائدة عملية في القول بوجود التزام عقدي لضمان السلامة أن نرى في المستقبل — كما يقول الأستاذ أكثم الخولي (٣) — خلافاً بين من ينفي هذا الالتزام لحماية الراكب وبين من يؤيد وجوده حماية

(١) المرجع السابق فقرة ١٠٨ .

(٢) سليمان مرقص تعليقه السابق بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة المجلد الثاني ص ١٢١

(٣) الوسيط في القانون التجاري جزء ٤ هامش فقرة ٢٣٥ .

للتناقل لتمكينه من التمسك بما عساه يكون قد أدرجه في العقد من شروط الإعضاء من المسؤولية بفرض صحة هذه الشروط .

ومع ذلك فإن الاعتراضين اللذين أبداهما الدكتور ثروت أنيس محل نظر ، ذلك أن القول بأن نظام المسؤولية الشيثية يشترط أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابي للشئء هو القول المقبول ، وإلا إذا إصطدم الراكب بأعمدة المحطة في وضعه الطبيعي أو تعرّ وهو سائر في فناء المحطة المستوى فأصيب ، قيل أن تحميل الراكب عبء إثبات خطأ الناقل — أن كان هناك ثمة خطأ — ما يعتبر قصوراً في نظام المسؤولية التقصيرية ، وأنه من الأفضل إتباع نظام المسؤولية العقدية ، حيث يتعين على الناقل أن يتحمل عبء الإثبات ويلزم بالتعويض ما لم يثبت هو أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي ، وحسب الراكب في هذه الحالة أن يقف موقفاً سليماً فلا يبين سبب الحادث ويكتفى بأن يثبت أنه أصيب أثناء وجوده في فناء المحطة ؟ أما الاعتراض الثاني وهو القول بأن مسؤولية الناقل التقصيرية عن عمل الغيز تقتصر على أعمال تابعيه دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه ، فذلك مردود بأنه بصدد عقد النقل المبرم بين الراكب وبين أمين النقل لا بد وأن يكون الأشخاص الذين يستخدمهم الآخر في قيادة أداة النقل وتسييرها تابعين له في كل الأحوال لأنهم يعملون لحسابه وله عليهم سلطة الرقابة والتوجيه .

وعلى ما تقدم نكون قد حصرنا الالتزام العقدي في نطاقه الصحيح واستبعدنا منه ما يدخل في الحقيقة في مجال المسؤولية التقصيرية وحدها . وقد كان الخلط الذي وقع فيه الفقه عاملاً جوهرياً في اختلاف رأيه بشأن استلزام أو عدم استلزام ركن الخطأ ، لأنه حاول إخضاع مسألتين متميزتين تماماً لحل واحد . فاحدهما وهي التي تتعلق بالإخلال بالالتزام عقدي لا تستدعي البتة إثارة ركن الخطأ ، لأن الالتزام الأصلي لم ينحل فلا حاجة لمصدر جديد لاقتضاء تنفيذه بمقابل ، ومن ثم فلا محل لتطلب عنصر آخر لأعمال هذا التنفيذ . أما المسألة الثانية فخاصة بالمسؤولية عن ضرر يلحق بمحل لم ينشئه التعاقد ، ومن ثم تستدعي توافر ركن الخطأ مع تنظيم إثباته وتوزيع عبئه حسب مقتضيات الواقع .

أما الرأى الذى يفرق بين الإلتزام بنتيجة وبين الإلتزام بعناية ولا يتطلب فى النوع الأول ثبوت تقصير من جانب المدين بينما يتطلب توافره فى النوع الثانى ، فتفسير ذلك أن الإلتزام فى النوع الأول هو غالباً التزم عقدى بالمعنى الصحيح . أما الإلتزام بعناية فى النوع الثانى فقد أدمج فيه الفقه ما هو عقدى وما هو تقصيرى ، ذلك أن الإلتزام بعناية هو فى حدوداته التزم بنتيجة ، قد يحدد المتعاقدان صراحة مضمونه ومداه وقد يحدده ضمناً طبقاً للأصول الفنية أو العرف السائد . والإخلال بهذا الإلتزام فى حد ذاته مسألة عقدية بحيث تخضع لنظام التنفيذ بمقابل . أما إذا كان الشئ محل العناية - وهو شئ - لم ينشئ التعاقد - قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ التعاقد التزمه بالعناية ، فهذا ضرر تقصيرى ، ولو أنه نتج عن إخلال المدين المتعاقد بواجب العناية ، لأن هذا الإخلال ما هو إلا عنصر واقعى فى ركن الخطأ أحد أركان المسؤولية التقصيرية .

وباستطاعتنا الآن بعد مفضلناه آنفاً ، أن نستجلى وجه الحقيقة بشأن مشكلة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وأن نتبين لماذا ظل الرأى حتى الآن موزعاً بين القائلين بعدم جواز الخيرة وبين القائلين بجوازها دون استساعة أى من هذين القولين استساعة تامة ، وفى نفس الوقت دون طرحه كلية . ولماذا كانت حجج كل منهما مع تناقضهما مما يتعذر تنفيذهما تماماً . فما ذلك كله إلا شاهداً على أن هناك خلطاً فى أصل المسألة جعل كلا من الرأين يحتويان على جانب من الصحة وجانب من الخطأ فى آن واحد .

فأنصار عدم الخيرة على صواب فى قولهم أن ما أدخل فى دائرة الإلتزام العقدى لا يجوز الإلتجاء فيه إلى المسؤولية التقصيرية ، ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الإلتزام طبقاً للنظرة الحاضرة قد حوت على التزم تقصيرى محض .

وأُنصار الخيرة على صواب في قولهم بجواز الإلتجاء إلى المسؤولية التصهيرية في حالة الإخلال بالالتزام عقدي ولكن خطأهم يكن في أن دائرة هذا الإلتزام قد حوت حسب النظرة الحاضرة ما هو تعاقدى وما هو تقصيرى ، وفي أنهم يسمون بداءة بإمكان وصف التزام واحد بأنه عقدي وتقصيرى في آن واحد .

أما إذا ما حصرنا الإلتزام العقدي في نطاقه الصحيح على ما سبق إيضاحه فإن المشكلة الحالية تختفى تماماً . فيخضع الإلتزام العقدي لنظام التنفيذ بمقابل دون استلزام أية شروط لأعماله ، ويخضع الإلتزام التقصيرى ولو كان قد نشأ بمناسبة علاقة عقدية للمسؤولية التصهيرية وحدها . وبذلك تتمشى مع ما يقول به علم المنطق من أنه لا يمكن أن يكون هناك أكثر من فرض واحد يصلح لتفسير ظاهرة معينة .

وإذا كنا قد انتهينا من كل ما تقدم إلى أنه في مجال الإلتزام العقدي بمعناه الصحيح يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل في حالة امتناعه عن التنفيذ العيني أو استحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبي دون اشتراط تقصير من جانبه ، وبذلك نكون قد قضينا على الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية فانه يبقى أماننا الركنان الآخران : الضرر وعلاقة السببية .

وقبل أن نبين وجه الحقيقة بالنسبة لهذين الركنين لننتهى إلى عدم صحة نظام المسؤولية العقدية كلية ، بتعين علينا أولاً أن نعرض لمسألة هامة هي مسألة اتفاقات المسؤولية لأنه بتحديدنا للإلتزام العقدي على النحو السابق لا تكون هذه الاتفاقات إلا متعلقة حتماً بالمسؤولية التصهيرية وحدها .

٦ - تعلق اتفاقات المسؤولية بالمسؤولية التصهيرية وحدها :

نلاحظ هنا بداءة أن الفقه يقول بأن هناك اتفاقات تدخل في دائرة الإلتزام العقدي ولكنها لا تتعلق باعفاء المدين من المسؤولية عن الإخلال بهذا الإلتزام ، بل تنصب على تحديد مضمون العلاقة التعاقدية بالنظر إلى

النموذج الخاص بالعقد المسمى . فإذا كان هذا النموذج في عقد الإيجار مثلاً يرتب التزاماً بتسليم العين المؤجرة ولكن الطرفين اتفقا على أن المستأجر هو الذى يضع يده وحده دون تدخل من المؤجر كان هذا حذفاً لالتزام ناشئ عن عقد الإيجار . وإذا كان هذا النموذج في عقد البيع يرتب على البائع التزاماً بضمان الإمتحاق وضمان العيب فان للطرفين أن يتفقا على التخفيف من مضمون هذا الإلتزام ، ولكن الحذف في المثال الأول والتخفيف في المثال الثانى ليسا كذلك إلا بالنسبة للنموذج ، أما بالنسبة للقاعدة العامة فليس هذا حذفاً أو تخفيفاً، وإنما هو أمر يتعلق بنشأة الالتزام أصلاً أو بنشأته منذ البداية بمضمون معين .

وفيما خلا هذا الوضع الذى لا يدخل بإجماع الفقه في نطاق اتفاقات المسؤولية لا تكون هذه الإتفاقات إلا متعلقة حتماً بالمسؤولية التقصيرية وحدها ، ذلك أن الالتزام العقدى كما قلنا هو ذلك الذى يتضمن قيمة مالية انشأها التعاقد، ومن ثم فالمتعاقدين أن يعينا هذه القيمة وأن يرضاها حدودها بداءة ويكون المدين ملزماً بأن يحقق للدائن هذه القيمة عينا فان لم يفعل كان ملزماً بما يقابلها . أما إذا كانت القيمة التى مسها التعاقد المدين بالضرر لم تنشأ عن التعاقد ، فذلك أمر متعلق بالمسؤولية التقصيرية وحدها كما بينا من قبل . وإذا فاتفقات المسؤولية لابد وأن تتعلق بهذا الضرر ومن ثم فجعلها المسؤولية التقصيرية وحدها .

وتأسيساً على ذلك تسقط الحجة التى يبرر بها الفقه صحة اتفاقات الإعفاء والتخفيف من (المسؤولية العقدية) - وهى ليست مسؤولية عقدية كما بينا بل مسؤولية تقصيرية نشأت بمناسبة علاقة عقدية - تلك الحجة التى يستند فيها إلى مبدأ سلطان الإرادة فى قوله أن المتعاقدين هما اللذان ينشئان الالتزام فلهما بالتالى أن يرفعا . ووجه سقوط هذه الحجة أن الالتزام الذى ينصب عليه اتفاق المسؤولية ليس التزاماً عقدياً ، لأن القيمة التى أدخل بها لم ينشأ التعاقد بل كانت موجودة قبل التعاقد أو بغض النظر عن هذا التعاقد .

ولإذا كان رأى السائد — (دون تسليم منا بالتبرير الذى يستند اليه) يعتبر كل إتفاق على رفع المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها اتفاقاً باطلاً، فإن هذا يعنى فى رأينا أن كل اتفاقات المسؤولية هى اتفاقات باطلة، لأنها تتعلق بالمسؤولية التقصيرية وحدها .

فكيف إذا أستطيع قول الفقه الغالب بصحة هذه الإتفاقات — فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم — فى نطاق ما يسمى بالمسؤولية العقدية (وهى تقصيرية كما قلنا) ؟ كيف أستطيع القول بجواز الإتفاق على إعفاء الشخص من نتيجة خطئه الذى تسبب فى إلحاق الضرر بالغير ؟

فإذا كان هناك رأى قوى يقف من هذه الاتفاقات موقف العداء لمنافاتها للعدالة بحرمانها المضرور من التعويض كله أو بعضه قبل من تسبب فيه بخطئه ، ومجافاتها للمصلحة العامة بما تؤدى اليه من تهاون فى الحرص على سلامة الأشخاص والأموال ، فإن هناك رأياً قوياً مع تسليمه بهذه المآخذ، ينحاز إلى تقرير صحة هذه الاتفاقات لأنها تشجع روح الأقدام على قيام المشروعات الجريئة النافعة وتدفع بالتقدم الصناعى إلى الأمام بما تشيعه من طائفة .

والحقيقة فيما نرى أن الذى يبرر ترتيب أثر ما على اتفاقات المسؤولية فى بعض الأحوال وما يلوح لأول وهلة من شرعيتها ، أن هذه الإتفاقات إنما تتضمن إقراراً من المتعاقد بأن الضرر الذى قد يحدث له لن يكن نتيجة خطأ منسوب إلى المتعاقد الآخر، أى أن هذا الإقرار إنما هو مجرد اعتراف سابق من الدائن بنفى ركن الخطأ عن المدين على ضوء مختلف الظروف الخاصة بتنفيذ التعاقد والملاسات المحيطة به ، فإذا اشترطت مصلحة البريد مثلاً إعفاءها من المسؤولية فى حالة فقد الخطاب العادى فذلك تسليم من المرسل بأن المصلحة بإمكانياتها الحالية التى تتناسب مع التعريف التى يدفعها المرسل فى الخطاب العادى، لن تستطيع الحلولة دون فقد بعض الخطابات وأن هذا الفقد لن يكون نتيجة خطأ من جانبها . وإلا فإن المصلحة لن يكون فى مقدورها تفادى هذا الفقد إلا إذا قامت بتسجيل كل خطاب ، ومعنى ذلك حشد

عدد هائل من الموظفين ورفع سعر التعرّيفة وضياح وقت الجمهور الأمر الذى لا يتناسب البتة مع قيمة الضرر المحتمل من فقد بعض الخطابات العادية. ولكن هذا الشرط الذى تشترطه مصلحة البريد ليس إلا مجرد قرينة على استبعاد وقوع خطأ من جانبها وبحيث يمكن على ضوء كل حالة نفي هذه القرينة .

وهذا هو ما يوجه سلامة مذهب القضاء الفرنسى الذى لم يرتب على شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية - وهى ليست عقدية بل تقصيرية كما قلنا - إلا مجرد نقل عبء الإثبات من جانب المدين إلى جانب الدائن، لأنه إذا كان الوضع فيما يسمى بالمسؤولية العقدية أن يعفى الدائن من إثبات خطأ المدين فان شرط الإعفاء يحمل الدائن عبء إثبات الخطأ - فان أثبتته التزم المدين بالتعويض وأصبح الإعفاء غير ذى قيمة .

ولذا كان بعض الفقه يعيب على القضاء الفرنسى قصره أثر اتفاق الإعفاء من (المسؤولية العقدية) على قلب عبء الإثبات - بحجة أن فى ذلك مخالفة لإرادة المتعاقدين وأنه إذا كان الاتفاق صحيحاً فيجب أن يرتب أثره الكامل - فان رأى الفقه يبتعد عن الصواب، لأننا لسنا هنا فى مجال التزام إرادى وإنما نحن هنا كما قلنا فى مجال المسؤولية التقصيرية عن ضرر لحق بشئ لم تنشئه إرادة المتعاقدين . ولذلك فان الأحكام التى رتبت أثراً كاملاً على شرط الإعفاء لم تقتصر على القول بأنه شرط صحيح طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة لشعورها بتقصير هذا القول ، وإنما أضافت إلى ذلك غالباً قولها أن المدعى عليه لم يقع منه أى خطأ يستوجب مساءلته (١) .

(١) ونجد ذلك ظاهراً فى الأحكام التى تعرضت لشرط إطفاء الناقل البحرى من مسؤوليته عن أخطاء رباب السفينة - إذا تذكر هذه الأحكام عادة أن الرابح يعتبر تائباً غير عاوى وليس لصاحب السفينة أى وسيلة فعالة للإشراف عليه أو رقابته أو توجيهه لأنه يتنحى بمرکز مستقل وسلطان مطلق على السفينة .

راجع على سبيل المثال حكم محكمة إستئناف إكس فى ١٦/٣/١٨٧٥ دالوز ١٧٧
١ - ٤٥ . وحكم محكمة إسكندرية المختلطة فى ١٩/٢/١٩٠٠ - البلتان ٧/١٥ .

وإذا كان رأى القضاء الفرنسى يفسره الفقه عادة بفكرة الخيره بين المسئولين بدعوى أنه إذا كان الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً فإن المسئولية التقصيرية تظل قائمة إلى جوارها ولا يسرى عليها شروط الإعفاء، فنحن ننكر مسألة الخيره أصلاً لأنه ليس أمامنا سوى مسئولية واحدة هى المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار - وهذه المسئولية تقضى بصفة عامة بتحمل الدائن عبء إثبات خطأ المدين .

أما خصوم الخيرة الذين يرون أن المسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية - ومن ثم يرتبون أثراً كاملاً على شرط الإعفاء فانهم أنفسهم لا يخفون شعوراً ضمناً بالأسف إزاء هذه النتيجة ، فيقول الأستاذ السهورى مثلاً - وهو من خصوم الخيرة - «وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية وقيام هذه المسئولية العقدية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان» (١) .

وواضح أن هذه النتيجة إنما جاءت بسبب ذلك الخطأ الأولى فى أصل المسألة ، وهو اعتبار المسئولية هنا مسئولية عقدية تحكمها إرادة المتعاقدين فى حين أنها ليست إلا مسئولية تقصيرية فقط .

وإذا كان أثر إتفاق الإعفاء من المسئولية التقصيرية التى تنشأ بمناسبة علاقة عقدية ، لا يتعدى مجرد قيام قرينة على انعدام الخطأ فى جانب المدين وأنه على ذلك يكون على الدائن عبء إثبات خطأ المدين، فإنه من الجائز على ضوء الوقائع ألا يكون لاتفاق الإعفاء حتى مثل هذا الأثر ، إذا كان الظاهر يخالف تلك القرينة ، وكانت وقائع الحادث توجب على المدين

(١) السهورى - الوسيط جزء ١ فقرة ٥١٥ .

طبقاً للمبادئ العامة في الإثبات أن يتكلم أولاً ويبين سبب الحادث ويؤيد قوله ، ولذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن شرط الإعفاء لا يترتب عليه نقل عبء الإثبات بصفة عامة لأن المضرورة قد لا يستطيع الإحاطة بظروف الحادث لبعده عنه فيكون من العسير عليه أن يثبت خطأ المدين ، ومن ثم فإنه يتعين على المدين في هذه الحالة أن يثبت لإنعدام الخطأ من جانبه بأن يدل على أنه سلك سلوك الشخص اليقظ وفعل كل ما ينتظر منه (١) .

ويشير إلى صحة ما نقول به من أن الأمر في اتفاقات المسؤولية ليس أمراً إعفاء من المسؤولية وإنما هو أمر اعتراف سابق من المتعاقد بانتفاء ركن الخطأ من جانب المتعاقد الآخر ، مايقول به الفقه الحديث تبريراً لصحة هذه الاتفاقات ، من أن فكرة الخطأ قد فقدت مقوماتها ولم تعد إستطاعة التوقع وتفادى الاغلاط أمراً ممكناً نتيجة لتحقق الحياة الحديثة وللتقدم الصناعي الآلى بحيث أصبحت الحدود التي كانت تفصل بين الخطأ اليسير وبين القوة القاهرة غير واضحة المعالم ، وأصبح الخطأ اليسير يقرب من القوة القاهرة ويختلط بها (٢) .

والحقيقة أن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية جاءت نتيجة رد فعل لإتساع نطاق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ، واتفاقات المسؤولية تزيل هذا الإفتراض (٣)

(١) راجع في ذلك إسمان / مقاله عن إتفاقات رفع المسؤولية بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٦ ص ٣٣١ ، ٣٣٢ - بلانيول وريبير وإسمان جزء ٦ فقرة ٤٠١ .

(٢) في هذا المعنى روبلو ، الخطأ الجسيم في القانون الخاص الفرنسي مقاله بالمجلة الفصلية سنة ٤٣ ص ١٢ إسمان ، الخطأ ومكانته في المسؤولية المدنية مقال بالمجلة الفصلية سنة ٤٩ ص ٤٨٥ روبيون ، إتفاقات رفع المسؤولية في القضاء المعاصر بالمجلة الفصلية سنة ٥١ ص ١٢ ، مارتين المرجع السابق ١٩٢ .

(٣) حول هذا المعنى ، بلانيول وريبير وإسمان جزء ٦ فقرة ٤٠١ إسمان مذكراته عن المسؤولية المدنية «دروس دكتوراه ١٩٤٩ - ١٩٥٠ ص ٢٠٦ .

والخلاصة إذاً أن إتفاقات رفع المسؤولية لا ترتب إعفاء من نتيجة الخطأ ، ولا يمكن أن تكون ترخيصاً للشخص بارتكاب خطأ يؤدي إلى الإضرار بالغير . فنياً يختص بالمسؤولية عن فعل الشخص (المسؤولية الخطئية) ليس هناك ثمة تغيير في الوضع ، إذ على المضرور دائماً عبء إثبات الخطأ . وفيما يختص بالمسؤولية المفترضة يقتصر أثر الإتفاق على إزالة الإفتراض ، ولكن بصفة عامة ، إذ من الجائز ألا يكون لمثل هذا الإتفاق أى أثر على ضوء الوقائع كما أشرنا من قبل .

أما اتفاقات تخفيف المسؤولية فلا يترتب عليها — بذاتها — أى أثر شأنها في ذلك شأن اتفاقات الإعفاء ولكنها تتضمن في بعض الحالات إقراراً من الدائن باشتراكه في الخطأ مع المدين ، إذا كان المدين يستعمل وسيلة يعلم الدائن مقدماً مدى خطورتها . ومعروف أن الخطأ المشترك يميز تخفيف مسؤولية المتسبب في الضرر بانقاص قدر التعويض .

٧ — حقيقة ركن الضرر في المسؤولية العقدية :

بعد أن حصرنا الالتزام العقدى في نطاقه الصحيح وبيننا أن المدين العقدى إذا لم ينفذ التزامه عيناً أو استحاله عليه ذلك لغير سبب أجنبي يلزم بمقابل هذا الإلتزام دون حاجة لاشتراط ركن الخطأ وهو الركن الأول في المسؤولية العقدية، نتعرض بعد ذلك لركنها الثانى وهو الضرر لنبين حقيقته .

فالفقه يقول عن هذا الركن أن الدائن لا يستحق تعويضاً إذا لم يصبه ضرر من إخلال المدين بالتزامه . ويقول أنه ولو أن هناك غالباً تلازم بين الإخلال وبين الضرر، فإن ذلك لا ينفى إعتبار الضرر ركناً قائماً بذاته في (المسؤولية العقدية) .

والحقيقة أن الفقه قد نظر إلى عنصر الضرر نظرة غير مباشرة ، فالضرر إنما ينتج عن عدم تنفيذ الإلتزام عيناً أو بمقابل في حين أننا هنا بصدد تنفيذ هذا الإلتزام . وخطأ الفقه الحاضر أنه يصور المسألة فيما يقول به الأستاذان

هنرى وليون مازو على النحو الآتى : أحد المتعاقدين يمنع عن تنفيذ التزامه المتولد عن العقد أو تنفيذه تنفيذاً معيماً فيرتب على ذلك إلحاق ضرر بالمتعاقدين الآخر ومن ثم ينشأ التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كلياً أو جزئياً ، وهذا الالتزام الجديد مضمونه تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه المعيب (١) .

وانحراف الصياغة في هذه العبارة يمكن في حيثيتها الثانية التي تقول أن الدائن أصابه ضرر من عدم تنفيذ مدينه لالتزامه قبله ، في حين أنه لا محل لهذا القول هنا ، لأننا بصدد إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل ، ومن ثم تحقيق المنفعة التي يتضمنها الالتزام وما للضرر إلا التعبير العكسي لهذه المنفعة .

فاذا كان الأمر كذلك بأن لم تكن هناك حاجة لإثارة ركن الضرر ، فما هو تعليل مايقول به الفقه من أنه إذا لم يلحق الدائن ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً فإنه لا يستحق تعويضاً ؟ وتفسير ذلك أن الالتزام إذا كان ذا قيمة فلا بد وأن يترتب على عدم تنفيذه ضرر (التعيز العكسي للمنفعة) . ولا يكون الالتزام غير ذي قيمة وقت التعاقد إلا إذا كان هناك غلط في هذا الوقت ، ومن ثم نرتد إلى عيب سابق في الرابطة العقدية وما يترتب على قيام هذا العيب من عدم نشأة الالتزام . ومع ذلك فإنه إذا كان الالتزام غير ذي قيمة أو أصبح غير ذي قيمة (وهو ما يعبر عنه الفقه بأن عدم تنفيذه لا يترتب عليه ضرر) فإن الدائن لا يستحق شيئاً قبل المدين لأن التنفيذ بمقابل لا محل له لأنه لا مقابل لهذا الالتزام .

أما قول الفقه بأن التأخير في تنفيذ الالتزام قد لا ينتج منه ضرر فلا يستحق الدائن تعويضاً ، فليس هذا إلا تعبيراً غير مباشر للقول بأن الالتزام على الرغم من هذا التأخير لم ينقص منه شيء (٢) .

(١) مازو جزء ١ فقرة ١٠٠

(٢) ومن قبيل ذلك إعتبار المدين قد قام بالتنفيذ الميئ كأملاً ما دام قد حقق الغرض المقصود في العقد ولو لم يتبع ما إتفق عليه حرفياً إجماعاً غانم أحكام الالتزام فقرة ٣١ .

وقولنا أنه في حالة امتناع المدين من تنفيذ التزامه عينا واستحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبي نكون بصدد تنفيذ بمقابل أى إعطاء الدائن المنفعة التي تقابل الالتزام مقومة بمبلغ من النقود ، يفسر ما يقول به الفقه من قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فما الضرر المتوقع إلا التعبير العكسي لمقابل الالتزام.

أما الضرر غير المتوقع فلا يدخل ضمن هذا المقابل . وقصر التعويض على الضرر المتوقع يرجع إلى أننا لسنا بصدد مسئولية يقتضى قيامها توافر ركن الخطأ ومن ثم تحميل فاعله كل نتائجه ، وإنما نحن في مجال تقويم المنفعة التي يشتمل عليها الالتزام بمبلغ من النقود . ولا حاجة بعد ذلك إلى تفسير ذلك الوضع بما قيل به من أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التعويض قاصراً على الضرر الذي كانا يتوقعانه عند إبرام العقد ، فهذا محض افتراض مخالف للواقع . وقد اعترض عليه بأنه يصعب القول بأن الطرفين قد توقعا عند إبرام العقد أن أحدهما لن ينفذ التزامه ومن ثم اتفقا ضمناً على قصر التعويض على الضرر المتوقع (١) ، (٢) ، (٣) .

(١) في هذا المعنى بلاذبول جزء ٢ فقرة ٧٤٩ عبد الحى حجازى جزء ٣ طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٤٦ .
(٢) وإذا كان جانب من الفقه الحديث ينتقد قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع وهؤلاء أنصار نظرية الخطأ ، ويرون وجوب شمول التعويض للضرر غير المتوقع فذلك لأن المسئولية التي يتكلمون عنها ليست مسئولية عقدية بل مسئولية تقصيرية فقط كما بينا من قبل ، وعلى ذلك يكون شمول التعويض للضرر غير المتوقع أمراً واجباً . وفي عبارات الأستاذين هنرى وليون ماورز التالية ما يوضح ما نقول به ويبين مجلاء مدى فساد نظام المسئولية العقدية وشلوذه ، فالأستاذان يقولان (ج ٣ فقرة ٢٣٩١) : «إذا ارتكب المدين خطأ فيجب عدلاً أن يلزم بحجر الضرر الذي تسبب في حدوثه ، وإذا أوزبنا بين المضرور الذي كان دوره سلبياً وبين موقف فاعل الضرر الذي لم يكن دوره إيجابياً فحسب بل سلك سلوكاً خاطئاً ، فليس هناك مجال للتردد ، وأليس الوضع المذكور في الواقع هو نفسه الوضع القائم في مجال المسئولية التقصيرية؟ واليس من الظالم ومن الشذوذ أن نؤيد في التعويض أو نخفض منه تبعاً لإستطاعة المضرور أو عدم استطاعته الإستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية ؟ كأمين النقل مثلاً يلزم قبل ورثته الخي على أنفسهم يقيمون دعوام باسمهم الشخصي (مسئولية تقصيرية) بأكثر مما يلزم به قبل الخي عليه نفسه (مسئولية عقدية) . وصاحب السيارة تكون مسئوليته في حالة إصابة المسافر الذي دفع له أجراً أقل من مسئولية قبل حابر الطريق أو قبل من كان يركب بجانباً وفي نفس المعنى : إستماعيل فاثم - أحكام الإلتزام فقرة ٥٦ .

(٣) ولا حظ أن الفقه يقول أن المسئولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع ==

وقولنا السابق يفسر أيضاً مايقول به الفقه من أنه لا تضامن في المسؤولية العقدية في حالة تعدد المدينين ما لم يكن مشترطاً في العقد . وإذا كان الفقه يعلل ذلك بأن المدين هو الذى حدد بآرادته مدى التزامه الأصلي فله بالتالى أن يحدد مدى مسؤوليته فهذا تعليل غير مقبول ، لأن المدين ليس هو الذى يحدد مسؤوليته ، فالمسؤولية تنشأ رغباً منه . وإنما الحقيقة أننا لسنا هنا بصدد أية مسؤولية ، وإنما بصدد تنفيذ بمقابل للإلتزام ، وما دام أن الإلتزام كان مقسماً بين المدينين فإن التنفيذ بمقابل بالنسبة لكل واحد منهم يقتضى أن يكون بالقدر المساوى للجزء الذى التزم به .

٨ - حقيقة ركن علاقة السببية في (المسؤولية العقدية) :

يبقى بعد ذلك أن نبين حقيقة علاقة السببية لندلل على خطأ نظام المسؤولية العقدية كلية .

وعلاقة السببية في المسؤولية العقدية تتميز في رأى البعض بأنها ليست علاقة واحدة ، بل علاقة مزدوجة : الأولى تتضمن نسبة عدم التنفيذ إلى المدين ، والثانية تتضمن ربط عدم التنفيذ بالضرر (١) .

وفي رأى الأستاذ إسماعيل غانم (٢) أن العلاقة الثانية وحدها هي علاقة سببية بالمعنى الدقيق ، باعتبار السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية وهي العلاقة التى تربط عدم التنفيذ بالضرر الذى أصاب الدائن ، ولا ينفيها

== لا في سببه فحسب بل وفي مقداره أيضاً. ويضرب لذلك مثلا بشركة نقل فقد منها طرد كانت قد تمهتت بنقله وتبين أن الطرد كان يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن تتوقعها عند إبرام العقد فلا تلزم الشركة إلا بالقيمة المحققة للطرد (السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٤٥٣) .
ولكننا نقول أن المسؤولية هنا تقصيرية فقط ، ونملل قصر التمييز في هذه الحالة على الضرر المتوقع بوقوع خطأ من جانب صاحب الطرد في عدم تنبيه شركة النقل إلا ما يحتويه الطرد من أشياء ثمينة حتى يقوم باتخاذ الاحتياطات الواجبة ، وهذا يقتضى غالباً الحصول على تعريفة أكبر .
ومعروف أن الخطأ المشترك يميز لإنقاص مقدار التمييز كما يميز عدم الحكم بأى تمييز .
(١) راجع في ذلك ما زود موسوعة المسؤولية ج ٢ ١٤٢٠ هامش ٣ ما زود دروس القانون المدني ج ٢ فقرة ٥٦٢ عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ج ٣ ص ١٤٧
(٢) أسكام الإلتزام فقرة ٥١ .

إلا السبب الأجنبي الذى نتج عنه الضرر . أما السبب الأجنبي الذى نشأ عنه استحالة التنفيذ فهو لا ينفى السببية بين عدم التنفيذ والضرر ، بل ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ (١) .

ونحن مع هذا رأى فيما يقول به من أن السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ لا يخلل فى مدلول علاقة السببية إلا أننا نرى أن أثر هذا السبب ليس نفى وصف الخطأ عن عدم التنفيذ باعتبار أن الخطأ ركن مستقل عن أركان المسؤولية ، وإنما نرى أن قيام السبب الأجنبي المشروط فيه عدم إمكان التوقع عند التعاقد إنما يمنع نشأة الالتزام العقدى ، خلافاً لما يعنيه ذلك رأى من أن الالتزام نشأ بداءة ثم انتفت المسؤولية عن المدين لعدم توافر ركن الخطأ ، وخلافاً لما يقول به آخرون من نشأة الالتزام فى مرحلة أولى ثم سقوطه كأثر للسبب الأجنبي فى مرحلة ثانية .

ذلك أن أصل المسألة هنا لا يتعلق بفحص سلوك المدين وقت إستحقاق أداء الإلتزام لمعرفة ان كان ملوماً أو غير ملوم فى هذا الوقت ، وإنما يرتد إلى أمر يتعلق بوقت التعاقد ، هو توقع أو عدم توقع المدين فى هذا الوقت حدوث السبب الأجنبي الذى يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً ، بحيث لو كان ملزماً وقبضاً أن سبباً سيحدث من شأنه استحالة تنفيذ التزامه ومع ذلك تعهد لما اعتبر هذا السبب أجنبياً والزم بالتالى بأن يودى للدائن مقابل التزامه ، مع أنه وقت إستحقاق هذا الإلتزام لم يكن مخطئاً فى الواقع إذ كان إستحيل عليه عندئذ تنفيذ الإلتزام ، فالخطأ إذاً انما وقع فى وقت التعاقد فيتعلق

(١) وفى رأى مازو الموسوعة ج ١ فقرة ٦٦٩ - ج ٢ فقرة ١٤٢٦ أن السبب الأجنبي فى الإلتزام بتحقيق نتيجة ينفى السببية وينفى الخطأ فى نفس الوقت وينتقد الأستاذ إسماعيل غانم (هامش ص ٨٥) هذا القول معتمداً تفرقنا بين السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ وبين السبب الأجنبي الذى ترتب عليه الضرر ، إذ أن السبب الأول ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ دون أن ينفى السببية بينه وبين الضرر ، أما السبب الأجنبي الذى ترتب عليه الضرر فهو ينفى علاقة السببية بين عدم التنفيذ والضرر دون أن ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ . وفى هذا المعنى رايو فكرة الخطأ فى القانون الخاص ١٩٤٩ فقرة ٤٠ .

بمسألة نشأة الإلزام بداءة . وبمعنى آخر فإن إستحالة تنفيذ الإلزام ليست في حد ذاتها سبباً لنفى مساءلة المدين وإنما تنتفى عنه المساءلة إذا لم يكن يتوقع هذه الإستحالة وقت التعاقد . ومن ثم فإن الموقف يتمحور هنا عن وقوع المدين في غلط وقت التعاقد يتعلق باستحالة المحل . ولا فرق بين إستحالة كانت قائمة وقت التعاقد أو قبله وبين استحالة استحدثت بعده . فإذا تعاقد شخص على توريد منتجات مصنع معين وكان المصنع قد إحترق وقت التعاقد دون علم المدين أو إحترق بعد ذلك دون توقع منه فإن الإلزام لم ينشأ في الحاليتين ، ففيهما كان المتعاقد غالطاً وفيهما كان الغلط في ذات وقت التعاقد .

وإذاً فعلى أساس فكرة الغلط نرد أثر السبب الأجنبي الذي تنتفى به مساءلة المدين بأنه يحول بداءه دون نشأة الإلزام . ونحن ننظر هنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك في المسؤولية كأساس للإلزام العقدي . أما الغلط في مفهوم مذهب الإرادة (١) فإنه يعجز عن هذا التعبير ، إذ تحمل الإرادة في فلسفة هذا المذهب على أنها الإرادة الباطنة التي يعول عليها دون التعبير المخالف لها ، ويترتب على هذا المعنى أن الغلط إنما يرتب أثره لأن من شأنه قيام خلاف بين الإرادة الباطنة وبين التعبير . وعدم توقع السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الإلزام مستحيلاً لا يعنى قيام هذا الخلاف فلا يعتبر المدين غالطاً إذا طبقاً لمذهب الإرادة .

أما إذا نظرنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك في المسؤولية فإن المدين يعتبر هنا غالطاً بأن لم يكن مدركاً وقت التعاقد أن سبباً سيوجد من شأنه أن يحول بينه وبين تنفيذ ما تعهد به .

(١) ولازال الفقه الحاضر حتى الآن يردد تعريف سالي الشهير بأن الغلط يتطوّل على عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية أي أن الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلنّة - البنية الأولى من تعليقه على المادة ١١٩ في مؤلفه التعبير عن الإرادة . ويقول مارك ورينو (القانون المدني ج ٢ - ١٩٦٢) فقرة (١٣١) أن نظرية الغلط الفرنسية ليست في مجرىها إلا تطبيقاً لبدأ سلطان الإرادة ونظرية الإرادة الباطنة .

وقد ذهب رابو (١) في تفسيره للمادة ١١٤٧ مدني فرنسي إلى رأى مماثل استناداً إلى تبرير يدور حول التأصيل الذي ذكرناه ، فهو يقول أن الإرادة المحتملة للمتعاقدين تعني بصفة عامة أن الالتزام ليس طليقاً من كل قيد ، إذ أن المدين لا يلزم عادة إلا بما هو في استطاعته دون أن يذهب إلى حد مواجهة صعوبات لا يمكن التغلب عليها ، وهو حق في الالتزام المحدد لا يصدر وعده بتحقيق النتيجة إلا مقروناً بتحفظ مرتبط بعدم قيام قوة قاهرة . ومعنى ذلك أن الالتزام لا ينشأ إلا في حالة إنتفاء هذه القوة .

والتفسير الذي نقول به يوضح ما يذهب اليه الفقه عن أنه في الإلتزام بتحقيق نتيجة يتحمل المدين إثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ . وإذا كان الفقه يقول أن في ذلك مخالفة للقواعد العامة بما يتضمنه من نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين تأسيساً على افتراض قرينة مؤداها أن عدم التنفيذ راجع إليه (٢) ، فتحت نقول أنه لا افتراض هنا ولا مخالفة للقواعد العامة إذ أن ادعاء المدين بقيام السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ إنما هو ادعاء من جانبه بوقوعه في غلط مايتحمل إثباته طبقاً للقواعد العامة .

أما في لالزام ببذل عناية ، كالإزام الطبيب بالعلاج الذي تعهد به ، فشأنه في رأى الفقه الحاضر شأن الإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان المدين لم يتم أصلاً بالعمل المطلوب (٣) . وفي رأينا أن الإلتزام ببذل عناية إنما هو التزام محدد وإن كان يرجع في تحديده غالباً إلى الأصول العلمية أو إلى العرف ، فإذا ما تحدد كان على المدين عبء إثبات القيام به طبقاً للقواعد العامة لأنه يدعى القيام بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . أما إذا كان قد ترتب على عمل المدين أثناء قيامه بتنفيذ التزامه هذا ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد

(١) المرجع السابق فقرة ٤١ .

(٢) مازو موسوعة المسئولية ج ٢ فقرة ١٦٩٨ : عبدالحى حجازي: ج ٣ ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) إسماعيل غانم أحكام الإلتزام فقرة ٥٢ .

ف تكون بصدد ضرر تقصيرى بحث تحكه قواعد المسئولية التقصيرية وحدها كما سبق القول فى تحديد ماهية الإلتزام العقدى . وطبقاً لهذه القواعد يتحمل المدين عبء الإثبات ، مع مراعاة تحديد مدى الإثبات المطلوب من المكلف به ، ومع مراعاة القرائن التى قد يقتضيها تنظيم عبء الإثبات تمشياً مع الغالب والظاهر من الأمور .

أما عن النوع الثانى من علاقة السببية وهى تلك التى تربط عدم التنفيذ بالضرر ، فبعد أن حددنا الإلتزام العقدى فيما ذكرناه آنفاً ، بأن استبعدنا من نطاقه كل ضرر يمس محلاً لم ينشئه التعاقد ، وبعد أن بينا أن التعيز القائل بأن المدين يلزم بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه العقدى إنما هو تعبير غير مباشر وغير دقيق لأنه بعد أن نشأ هذا الإلتزام صحيحاً فإنه يمثل حقاً مالياً يتعين على المدين أدائه عيناً فإن استحاله هذا عليه (لغير سبب أجنبى) أو إمتنع عن أدائه ألزم بمقابل هذا الإلتزام ، بعد أن بينا ماتقدم ، فإنه لا يبقى إلا تقدير مقابل الإلتزام أى تقدير منفعته للدائن وقت إستحقاق أدائه . والمنفعة أما أن تكون إيجابية فقط وأما أن تكون إيجابية وسلبية . وفى تحديد قدر هذه المنفعة يجرى أعمال مبدأ السببية المادية أى الربط بين تنفيذ الإلتزام فى ميعاده المحدد وبين المنفعة التى كانت ستعود على الدائن من هذا التنفيذ ، وهو مايعنيه الفقه الحاضر بعبارة «النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير فى الوفاء» .

وواضح أن أعمال السببية المادية هنا لايتطلب اللجوء إلى نظام المسئولية العقدية ، فالسببية ليست بشرط لاستحقاق الدائن مقابل الإلتزام ، وإنما هى مجرد معيار لتحديد قدر المنفعة التى يتضمنها الإلتزام .

حجية القرار الصادر بأن لاوجه لإقامة الدعوى الجنائية

بالنسبة إلى المجنى عليه

تعليق على حكم النقض الصادر بتاريخ ٣٠ من يناير

سنة ١٩٦٧ (١)

للدكتور حسن صادق المرصاوي

أستاذ القانون الجنائي

بتاريخ ٣٠ من يناير سنة ١٩٦٧ أصدرت محكمة النقض حكماً في الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٣٦ قضائية جاء به «إن قانون الإجراءات الجنائية أجاز في المادة ٧٦ لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعى بمحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى . كما أجاز للمدعى بالحقوق المدنية وحده بمقتضى المادة ١٦٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ إستئناف الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق بأن لاوجه لإقامة الدعوى . وأجاز كذلك في المادة ١٩٣ الطعن في الأمر الذي يصدر من مستشار الإحالة بالالوجه لإقامة الدعوى . ونصت المادة ١٩٩ على أن تباشر النيابة العامة التحقيق طبقاً للأحكام المقررة لقاضييه . وخولت المادة ٢١٠ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ للمدعى بالحقوق المدنية وحده الطعن في الأمر الصادر من النيابة العامة بأن لاوجه لإقامة الدعوى . وقد نصت المادتان ١٩٧ و ٢١٣ على أن الأمر الصادر بعدم وجود وجه — سواء من قاضي التحقيق أو من مستشار الإحالة أو من النيابة العامة — يمنع من العودة إلى التحقيق إلا إذا ظهرت دلائل جديدة ، ونيط بالنيابة العامة دون غيرها سلطة إعادة تحريك الدعوى الجنائية بناء على تلك الدلائل . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٢ المعدلة بالقانونين رقمي ١٢١ لسنة ١٩٥٦ و ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة بتكليف خصمه مباشرة بالحضور أمامها

(١) في الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٣٦ (مشور في مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة عشرة القاعدة رقم ٢١ ص ١١٧) .

إذا صدر أمر من قاضي التحقيق أو من النيابة العامة بأن لاوجه لإقامة الدعوى ولم يستأنفه المدعى بالحقوق المدنية في الميعاد أو استأنفه فأبدته محكمة الجنج المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة . لما كان ذلك ، فإن الشارع يكون قد دل على أن الأصل أن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى له قوة الأمر المفضى بما يتمتع معه تحريك الدعوى الجنائية من بعد صدوره . وهذا الأصل حكمه عام ينسحب فيه خطاب الشارع إلى كافة أطراف الدعوى الجنائية فيسرى حظر تحريك الدعوى المذكورة بعد صدور الأمر المشار اليه على النيابة العامة — ما لم تظهر دلائل جديدة — وعلى المدعى بالحقوق المدنية ، كما تمتد بالضرورة ومن باب أولى إلى المحنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية وإن كان الشارع قد اكتفى بالإشارة في المواد المتقدمة إلى المدعى بالحقوق المدنية دون المحنى عليه الذى استبعد منها بالتعديل الذى أدخل على قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ ، فما ذلك إلا على اعتبار أن المحنى عليه متى قعد عن الإدعاء بالحقوق المدنية أثناء التحقيق فلا تقوم له صفة الأحصام في الدعوى ، وبالتالي يتمتع عليه ما للمدعى بالحقوق المدنية من حق إستئناف الأمر الصادر بأن لاوجه لإقامتها ، ومن ثم لا يكون له تحريك الدعوى لإبتداء بعد صدور ذلك الأمر من سلطة التحقيق . والقول بغير ذلك فيه إهدار لقوة الأمر من طرف لم يتخذ لنفسه صفة في الدعوى ، وهو ما لا يتفق مع ما هدف اليه الشارع من إحاطة الأمر بأن لاوجه — متى صار باتا — بسياج من القوة يكفل له الإحترام ويمنع من معاودة طرح النزاع ذاته أمام القضاء .

والنظر في المبدأ الذى قرره محكمة النقض يقتضى تناول أمرين ، أولهما موقف المدعى بالحقوق المدنية من القرار الصادر بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، والآخر موقف المحنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية منه .

١ — حالة المدعى بالحقوق المدنية :

إذا ادعى من لحقه ضرر من الجريمة مدنياً أمام سلطة التحقيق ثار التساؤل عما إذا كان يحق له أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة في صورتين

الأولى بعد صدور قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، والأخرى أثناء التحقيق الذى تبأشره النيابة العامة . والذى يحدد الإجابة على هذين السؤالين هو تحديد صفة المدعى بالحقوق المدنية فى الخصومة أمام سلطة التحقيق . ومما لا شك فيه أن المطروح عليها هو الدعين الجنائية والمدنية ، وبالنسبة إلى الأخيرة يكون المدعى بالحقوق المدنية خصماً فيها ، يتمتع بحقوق الخصوم جميعاً ويلتزم بالواجبات المفروضة عليهم ، فيكون له حق الطعن فى القرار الصادر من سلطة التحقيق ، كما تكون له حجية قبله .

ومع هذا فنجد أن الوضع كان مختلفاً قبل تعديل المادة ٢٣٢ إجراءات جنائية بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦ - والى سلفت الإشارة إليها فى حكم النقض - فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية من القانون المذكور وأن قانون الإجراءات الجنائية قد فتح أمام المدعى بالحق المدنى باباً للطعن أمام غرفة الإتهام فى الأمر الذى يصدر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة لعدم وجود وجه لإقامة الدعوى ، بحيث لو قبلت غرفة الإتهام الطعن أمرت برفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة المختصة ، فإذا لم تقبله أو قضت برفضه ، فإن التشريع الرأمن يبيح له بعد ذلك فى مواد الجنب والمخالفات تكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة المختصة ، وهو أمر يغرى بالشطط فى الخصومات ، ويزحم عمل المحاكم بدعاوى لا غنى فيها ولا خير منها . وقد رؤى لذلك أن يضاف إلى القانون حكم آخر يمنع المدعى بالحق المدنى من رفع الدعوى مباشرة فى هذه الحالة ، ويستوى فى ذلك أن يكون قد ارتضى الأمر بأن لا وجه ولم يطعن فيه ، أو طعن فيه وأبدلت غرفة الإتهام الأمر .

. ويؤخذ مما تقدم أنه إذا أصدرت سلطة التحقيق قراراً بأن وجه لإقامة الدعوى ، فليس للمدعى بالحق المدنى أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة ، وكل ما له هو حق الطعن فى ذلك القرار أمام محكمة الجنب المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة . فإن ارتضى الأمر أو أيدته المحكمة إن طعن فيه ، فلن تضار حقوقه ، حيث إن له حق طرح الدعوى أمام المحكمة المدنية ، التى لا يكون للقرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى حجية أمامها .

ومتى إدعى المضرور من الجريمة مدنياً فإنه لا يجوز له أن يترك هذا السبيل ويلجأ إلى الدعوى المباشرة ، بل عليه أن يترتب تصرف النيابة العامة : فإن أصدرت قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يرضه قام بالطعن فيه ، لأنه بمجرد إدعائه مدنياً أصبح خصماً في الدعوى تسرى عليه أحكام القانون الخاصة بالمدعى بالحق المدني . ولقد قضت محكمة النقض - في ظل قانون تحقيق الجنايات الأهلى - بأنه إذا أمرت النيابة العامة بحفظ قضية قطعياً فليس للمدعى بالحقوق المدنية أن يعلن المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة ما لم يتم أدلة جديدة كمنص المادة ١٢٧ ت . ج . ١ (٣١/٣/١٩٠٦) المجموعة الرسمية س ٧ ص ١٩٤ . ثم قضت بأن كل ما من شأنه المساس بحقوق المدعى المدني يجب أن يكون مبنياً على نص صريح لا آتياً من طريق القياس ولا تنطبق المادة ٤٢ ت . ج . ١ رغمًا عن عموم نصها إلا في حالة تحريك النيابة للدعوى العمومية ، فلا تأثير لها على الدعوى العمومية المرفوعة مباشرة من المدعى المدني . وأمر الحفظ الصادر من النيابة طبقاً للمادة ٤٢ ت . ج . وإن كانت سلطتها في إصداره قضائية إلا أنه لا يمنع المدعى المدني من رفع الدعوى العمومية مباشرة على خلاف الأمر الصادر من قاضى التحقيق طبقاً للمادة ١٢٧ ت . ج . بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، إذ يمكن للمدعى المدني أن يطعن فيه حالة أنه لم يكن لديه طريق للطعن في أمر الحفظ (١٩٢٣/٦/٤) المحاماه س ٤ ص ٣٢١ . والذي يؤخذ من هذا القضاء أنه متى كان للمدعى بالحق المدني سبيلاً للطعن في القرار الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى بعد تحقيق ، فلا يجوز له أن يترك هذا الطريق ويحرك الدعوى مباشرة . أما إذا لم يكن له هذا الطريق فحقه في تحريك الدعوى المباشرة قائم ، وإلا حرمانه من حق مقرر له قانوناً بغير نص على ذلك .

٢ - حالة الجنح عليه :

سبق أن رأينا أن حقوق المدعى بالحق المدني قد تحدت بصفته في الدعوى ، أى كونه خصماً فيها ترتب له حقوق بناء على تلك الصفة . ويستتبع هذا التساؤل عن وضع الجنح عليه - الذى لم يدع مدنياً - بالنسبة

إلى التحقيق الذى تباشره النيابة العامة . لا جدال فى أن المخنى عليه لا يعتبر خصماً فى الدعوى ، وعلى هذا ليس من حقه أن يتقدم بأى طلبات إلى جهة التحقيق وإن قدمها فلها أن تلتفت عنها دون تريب عليها . فليس له مثلاً أن يطلب سماع أقوال معينين ، أو ندب خير ، أو إنتقال إلى معانة . فى حين أن المدعى بالحق المدنى له حق ابداء هذه الطلبات ، ويجب على المحقق أن يفصل فيها . والمخنى عليه فى حقيقته لا يعدو أن يكون شاهداً فى الدعوى ، فهو يسوق إلى المحقق المعلومات المتعلقة بالجريمة التى وقعت عليه .

ولقد تنبه المشرع إلى هذه الصفة التى للمخنى عليه عند تعديله لبعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ فعدل المواد التى كانت تسوى بينه وبين المدعى بالحق المدنى وأبعده عن نطاقها . وبهذا أصبح للمخنى عليه أن يختار أحد طريقين ، الأول الإدعاء المدنى وحينئذ يتمتع بجميع الحقوق الخاصة بالمدعى المدنى وتطبق فى حقه القواعد التى سبق لنا بيانها . والآخر أن لا يدعى مدنياً فلا تكون له علاقة بأى تصرفات تصدر من جهة التحقيق . ولم يكن المشرع مجانباً للصواب فى تعديله المشار اليه حيث لا محل مثلاً لمنح المخنى عليه حق الطعن فى قرار صادر فى خصوصه لم يكن هو طرفاً فيها ، وإلا خرجنا على القواعد العامة فى الإجراءات والتى تقضى بأن الطعن لا يقبل إلا بمن له صفة فيه بأن يكون خصماً فى القرار المطعون فيه .

وقبل أى تعرض لحق المخنى عليه فى تحريك الدعوى الجنائية مباشرة بعد صدور قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، نتناول بالبيان حقه فى ذلك التحريك قبل صدور القرار المشار اليه . لقد منح المشرع حق تحريك الدعوى الجنائية مباشرة لمن لحقه ضرر من الجريمة إذا توافرت الشروط المقررة ، ولم يضع أى قيد على ذلك الحق إذا قامت سلطة التحقيق بمباشرة إجراءات التحقيق ، فالمدعى بالحق المدنى إما أن يدعى مدنياً أمام جهة التحقيق ، أو أن يلجأ إلى المحكمة فيحرك الدعوى الجنائية مباشرة ، فليس ثمة ما يلزمه بأن يدعى مدنياً أمام سلطة التحقيق ، فقد يرى أن بقاء الإجراءات فيه ضرر له .

وتبقى أخيراً الصورة التي يصدر فيها قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى ،
فهل من شأن هذا القرار أن يحرم المجنى عليه من الإلتجاء إلى الطريق المباشر ؟
لقد ذهبت محكمة النقض في حكمها — موضوع التعليق — إلى حرمان المجنى
عليه من تحريك الدعوى الجنائية مباشرة ، للأسباب التي ساقها ، ونحن
نناقشها فيما يلي :

لقد ذهبت المحكمة إلى أن القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى له قوة
الأمر المقضى به وتمتد بالضرورة ومن باب أولى إلى المجنى عليه الذي لم يدع
بحقوق مدنية . ولقد فاتت المحكمة أن أول شروط قوة الأمر المقضى به هو
وحدة الخصوم ، أى أنه إذا اختلف الخصوم فلا حجية لأمر أو حكم بينهم
والنتيجة الحتمية لهذا أنه لا حجية لأمر أو حكم لمن لم يكن خصماً فيه ،
وهو حال المجنى عليه في صورتنا الراهنة ، ولم تكشف المحكمة عن الضرورة
التي تمد الحجية إليه ، أو وجه القياس بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية .

وتعود المحكمة إلى القول بأن المجنى عليه متى قعد عن الإدعاء بالحقوق
المدنية أثناء التحقيق فلا تقوم له صفة الخصام في الدعوى ويمتنع عليه بالتالي
ما للمدعى بالحقوق المدنية من حق إستئناف الأمر الصادر بأن لا وجه
لإقامتها . وترتب على ما تقدم أن لا يكون للمجنى عليه تحريك الدعوى
إبتداء بعد صدور ذلك الأمر من سلطة التحقيق . ولسنا ندرى كيف توصل
المقدمات إلى هذه النتيجة ، مع أنه كان مؤدها الوصول إلى العكس ،
لأنه متى انتفت صفة الخصومة عن المجنى عليه ولم يكن له حق الطعن في
الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، كان من اللازم أن يكون الباب الآخر
مفتوحاً وهو حق تحريك الدعوى مباشرة .

وتحاول المحكمة تبرير تلك النتيجة بما ساقته من أن القول بغير ذلك فيه
إهدار لقوة الأمر من طرف لم يتخذ لنفسه صفة في الدعوى ، وهو
ما لا يتفق مع ماهداف اليه الشارع من إحاطة الأمر بأن لاوجه — متى صار باتاً —
بسياس من القوة يكفل له الإحترام ، ويمنع من معاودة طرح النزاع ذاته

أمام القضاء . وقد فأت المحكمة — على ما سبق لنا ذكره — أن قوة الأمر لا تكون إلا بين الأطراف فيه . ومن ناحية أخرى إن المشرع لم يضع الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى فى مصاف الأحكام الباتة ، فإذا ظهرت أدلة جديدة من شأنها تقوية الأدلة التى كانت قائمة قبل انقضاء الدعوى الجنائية عمضى المدة ، جازت العودة إلى الدعوى الجنائية من جديد ورفعها أمام المحكمة فى حين أن أية أدلة جديدة بعد حكم البراءة البات تمنع بصفة مطلقة من العودة إلى طرح النزاع على المحكمة . وبهذا يكون الإستدلال الذى أرادت محكمة النقض أن تسوقه ضمناً ، قد جاء فى غير موضعه .

وأخيراً فإن المبدأ الذى قررتة محكمة النقض يؤدى فى بعض تطبيقاته إلى نتائج غير مقبولة . فإذا فرضنا أن النيابة — وقد وصل إليها العلم بالجريمة — باشرت التحقيق فى الدعوى ، دون أن يدرك المحنى عليه من أمره شيئاً بسبب غيبته فى الخارج مثلاً ، ثم انتهت إلى إصدار قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى فإن المبدأ المشار إليه يوصل إلى حرمانه من تحريك الدعوى الجنائية مباشرة ، وهى نتيجة لا يمكن التسليم بها . فإن قيل بأن هذا المبدأ يطبق فى الحالة التى يعلم بها المحنى عليه بمباشرة النيابة العامة للتحقيق ويقعد عن الإدعاء بالحق المدنى ، كما جاء فى عبارة الحكم ، ومن ثم لا يطبق على الصورة موضع البحث ، لكان فى هذا الكفاية لإهدارها ، إذن المسلم به وجوب أن تكون القاعدة من الشمول بحيث توصل إلى حلول واحدة فى مختلف الفروض . وهنا سوف يختلف حق المحنى عليه فى حالة ما إذا علم بإجراءات التحقيق عنه إذا لم يعلم بها ، أى قد تكون للقرار بأن لاوجه لإقامة الدعوى حجية فى صورة ، وتتنى تلك الحجية فى صورة أخرى .

وبهذا فن رأينا أن النصوص القانونية وروح التشريع تؤدى إلى أن المحنى عليه يجوز له أن يحرك الدعوى الجنائية مباشرة سواء أثناء التحقيق أو بعد صدور القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى . أما المدعى بالحق المدنى فإنه لا يستطيع أن يرفع الدعوى الجنائية مباشرة متى أدعى مديناً ، أو متى صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية .

في أن التأليف للتدريس غير خاضع لضريبة

تطبيق للاستاذ الدكتور وميسر بهنام

الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٦٦ وفي الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٣٠ القضائية ، حكمت محكمة النقض بأن من حق المؤلف أن يستغل مؤلفه بطريق مباشر أو غير مباشر ، ومن وسائل هذا الاستغلال أن يتولى طبع مؤلفه ونشره بنفسه أو بواسطة الغير بقصد تحقيق ربح مادي ، ونشاط المؤلف في نقل مؤلفه إلى الجمهور واستغلاله على هذه الصورة يخضع للضريبة على أرباح المهن غير التجارية في معنى المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وقولها « تسرى هذه الضريبة على كل مهنة » أو « نشاط » لا يخضع لضريبة أخرى ، وهما وصفان متغايران ردد الشارع بينهما بلفظ « أو » لكي يخضع للضريبة على المهن غير التجارية أحوال استغلال كل نشاط لا يخضع لضريبة نوعية بقصد تحقيق ربح مالى ، وإن لم يتخذ صاحبه مهنة معتادة له - (تراجع مجموعة محكمة النقض - السنة ١٧ - العدد الرابع - رقم ٢٥٩ - ص ١٧٩٣) .

واستندت مصلحة الضرائب على هذا الحكم لتطالب بضريبة المهن غير التجارية حتى أستاذ الجامعة فيما يتعلق بالمؤلف الذى يضعه لطلبته في فرع التخصص العلمى المعهود إليه رسمياً بتلقيته لإياهم وامتحانهم فيه .

كما استخلصت بعض المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ذات المعنى من الحكم المذكور ، فقيرت قضاياها عما كان ، ونسب البعض منها إلى أساتذة الجامعة أن شأنهم في مؤلفاتهم الجامعية شأن أى مؤلف يستهدف من طبع مؤلفه ونشره الاستغلال والربح .

ونورد على سبيل المثال حكماً أصدرته محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ ١٤ يناير ١٩٦٨ في الاستئناف رقم ١٥٦ لسنة ٢٢ ق تجارى المرفوع من مصلحة الضرائب ضد مدرس في كلية التجارة بجامعة الإسكندرية .

فقد جاء في هذا الحكم ما يلي :

«ومن حيث أن المادة ٢/٧٢ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقانون ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ تقضى بأن تسرى ضريبة المهن غير التجارية على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ولم تعف من أدائها إلا الجماعات التي لا ترمى إلى الكسب وذلك في حدود نشاطها الاجتماعي أو العلمي أو الرياضي وكذلك المعاهد التعليمية والمنشآت الزراعية ، وليس المستأنف ضده واحداً منها فلا يسرى عليه الإعفاء .

ومن حيث أنه في حدود ذلك النص ونص المادة ٧٣ التالية له ، قد أصبحت الضريبة على أرباح المهن غير التجارية هي ضريبة القانون العام ، ولم تصبح قاصرة على أرباح مهنة معينة أو على أرباح المهن الحرة وحدها بل صارت شاملة لكل نشاط يزاوله الممول ولولم يتخذ حرفة له ما دام لا يخضع لضريبة أخرى ولم يكن ممن يفهم القانون من أداء الضريبة . ولم تعد ثمة ضرورة لتوفر شرط الانقطاع لمزاولة المهنة أو النشاط كما أنه لا ضرورة لتوفر شرط تغيي الربح عند بدء مزاولة النشاط ويكفى أن تكون هذه الغاية قد تحققت وكانت أحد الدوافع التي دعت إليه ، هذا هو الرأى الذى استقر عليه القضاء وتوثره المحكمة ، وإذ كان هذا ، وكان من حق المستأنف ضده وهو بسبيل نشر علمه أن يستغل مؤلفاته بما يعن له من وسائل الاستغلال كأن يجرى طبعها ويبيعها عن طريق دور النشر العامة فإذا حقق له هذا الاستغلال ربحاً فإنه لا معدى لإخضاع هذا الربح للضريبة المنوه عنها في المادة ٧٢ السابقة الذكر ولا وجه لما يذهب إليه المستأنف ضده من أنه يباشر عملاً جامعياً في حدود نشاطه العلمي ولا للقول بأن مصلحة الضرائب لم تقدم ما يدل على أنه قام بالتأليف في سنوات النزاع بقصد تحقيق الربح ، لأن

هذا كله يتجافى وما ثبت بكتاب مؤسسة المطبوعات الحديثة من أنه حصل منها على المبالغ السابق ذكرها في سنوات النزاع . كما أن المستأنف ضده لم يقدم ما يدل على أنه يقتصر في نشر مؤلفاته على التوزيع داخل نطاق الجامعة أو الكلية التي يقوم بالتدريس فيها دون تجاوز هذه الحدود ، وإن حصوله على المبالغ السالفة الذكر لدليل على قيامه بالنشر والتوزيع على نطاق واسع يتجاوز حدود الكلية والنشاط الجامعي البحث ، ومع ذلك فإنه يهيم المحكمة أن تشيد بما لأساتذة الجامعات من فضل على العلم وطلابه وتهيب بأولئك الأساتذة أن يضيفوا إلى حصيلة العلوم والفنون ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا دون أن ينهيم عن ذلك واجب أداء الضريبة فهو حق للدولة على كل المواطنين يؤدونه في حدود القانون وأساتذة الجامعات بلا ريب في مقدمتهم .

تلك أسباب الحكم ، ويؤخذ عليها منذ الوهلة الأولى ما يلي :

(أولاً) أنها مع التسليم بأن الجامعات التي لا ترمى إلى الكسب معفاة من الضريبة في حدود نشاطها العلمي ، إستبعدت أساتذة الجامعات من عداد تلك الجامعات ، معتبرة هذا الاستبعاد قضية مسلماً بها ودون ذكر لأساسه العقلي .

(ثانياً) أنها إذ وصفت ضريبة المهن غير التجارية بأنها ضريبة القانون العام وبأنها — طبقاً لعموم نص القانون — تسرى على كل نشاط يزاوله الممول ما دام لا يخضع لضريبة أخرى ، فات عليها أن المقصود بهذا «النشاط» كوعاء لتلك الضريبة ، السلوك التلقائي الذي لا يكون صاحبه مرغماً عليه بحكم وظيفة عامة .

(ثالثاً) أنها تنسب إلى أستاذ الجامعة تغيبى الربح ، إن لم يكن عند بدء مزاوله النشاط ، فعلى الأقل في لحظة لاحقة ، مع أن هذا التغيبى عنصر نفساني ليس من السائق تقرير وجوده بتلك السهولة وبغير تدليل .

(رابعاً) أنها تستخلص وجود قصد الربح لدى أستاذ الجامعة من كون كتابه يوزع خارج نطاق الجامعة أو الكلية التي يقوم بالتدريس فيها ، وذلك

عن طريق دور النشر العامة ، مع أن هذه الحجة في ذاتها وبمفردها لا تؤدي عقلاً إلى ثبوت هدف الربح ، فدار النشر العامة تتولى الطبع والتوزيع لأن الأستاذ لا يملك من المقدرة المالية ما يتيح له تحمل الطبع على نفقته الخاصة ، كما أن وجود الكتاب معروضاً في مكان دار عامة للنشر أو أكثر من دار ، لا يعنى أكثر من مجرد إرشاد الطالب الذى يهيمه ذلك الكتاب إلى أنه موجود في هذا المكان ، وليس بلام أن تقام داخل أسوار الجامعة حوانيت لعرض الكتب وتوزيعها ، بل يعد ذلك إن حدث ، مخللاً بالنظام وبالروتق العام لأفنية الجامعة ، ويحولها إلى أسواق للبيع والشراء تسيء إلى مهابة الجامعة كمحراب للعلم .

(خامساً) أنها اعتبرت طبع الأستاذ لكتابه وتوزيعه لهذا الكتاب استغلالاً للعلم ، في حين أنه لا يعلم أن يكون تسجيلاً لا بد منه للعلم ولنتائج البحث فيه ، وقالت إنه إذا حقق ذلك الاستغلال ربحاً فلا معدى عن إخضاعه للضريبة ، مع أن مجرد نتاج فائض في صورة مبلغ من النقود لا يعنى حتماً وبالضرورة أن هذا المبلغ ربح ، فقد افترض القانون ذاته حين أعفى من الضريبة الجماعات التى لا ترمى إلى الكسب ، أن ثمة مبلغ يعود عليها من نشاطها ، ومع ذلك نفى أن يكون هذا المبلغ كسباً لكونه ناتجاً من نشاط يسلم القانون ذاته بأنه لا يهدف إلى الكسب . وسنحدد فيما يلى النعت الذى يمكن أن يوصف به مثل ذلك المبلغ حين يعود على أستاذ الجامعة .

(سادساً) أنها تشيد بما لأساتذة الجامعات من فضل على العلم وطلابهم وتهيب بهم في الوقت ذاته أن يؤدوا واجب الضريبة لأنها حق للدولة على كل المواطنين . وهذا هو العجب العجيب .

فليس أستاذ الجامعة يزعم لنفسه امتيازاً على سائر المواطنين من ناحية عدم الخضوع للضريبة .

فهو يدفع عن طيب خاطر ضريبة كسب العمل عن مرتبه كوظف عام

وعن كافة ما يؤول اليه فوق المرتب من مكافآت ، ويدفع كذلك ضريبة الإيراد العام .

أما البحث العلمى كعمل خاص يميز أستاذ الجامعة عن غيره من الناس ، فهو فى ذاته وفى نظر من يدرك حقيقته ضريبة الضرائب ، ولا عمل بعدها لأية ضريبة .

وإذا كان يوجد ثمة مبلغ يعود على الأستاذ من وراء تسجيل نتائج ذلك البحث ونشرها على الطلاب ، فانه مبلغ قصد القانون — كما سيجيء — البعد به عن متناول الضريبة .

وحين يقرر القانون إعفاء عمل ما من عبء الضريبة ، يقصد بذلك أن الضرر الذى تصيب به الضريبة هذا العمل ، يؤذى مجتمع المواطنين أكثر مما تفيد الضريبة فيما لو تقرر ، فيؤثر لذلك صرف النظر عنها . فهذه هى الحكمة من أى إعفاء ضريبى .

وقد تقدم أن أستاذ الجامعة يدفع كثيراً من الضرائب التى تهبط بمقرراته المالية إلى حد كبير عن الأرقام الاسمية الظاهرية لهذه المقررات .

فاذا أخضع للضريبة كذلك ، حتى فيما يعود عليه من البحث العلمى المضى والتسجيل الشاق لنتائج هذا البحث ، فإن معنى ذلك كما سيجيء [أن توجه إلى العلم والعلماء طعنة قاتلة ، لا شك فى أن القانون قد حرّمها ، وإن فات ذلك على الحكم موضوع التعليق .

• • •

حديثنا حتى الآن ، كان عن حكم محكمة استئناف الإسكندرية وما يجرى على نهجه من الأحكام .

وكان الحديث عن أسباب الحكم .

ولمّا تستحق النتائج المنطقية للحكم حديثاً آخر .

فالقول بأن أستاذ الجامعة يخضع لضريبة المهن غير التجارية فيما يتعلق بكتابه الجامعي ، مؤداه أن يتحمل كافة الالتزامات المرتبطة قانوناً بتلك الضريبة طبقاً لما بينته المادتان ٧٤ ، ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (معدلاً بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٥٥) ، ومن هذه الالتزامات أن يحسب أستاذ الجامعة بدفتر يومية ودفتر إيصالات ذى قسائم بأرقام سلسلة .

ولكن ما مناسبة ذلك في صدد كتاب أعده الأستاذ لطلبته في حلول المنهج الرسمي الذى يلزمهم إياه ؟ .

إن ما فى ذلك الالتزام من شلوذ واضح فيما يتعلق بالكتاب الجامعي لأستاذ الجامعة ، ليدل فى ذاته على مخالفة القانون فى تحميل هذا الأستاذ من أجل ذلك الكتاب ، بالزام لم يقرر أصلاً لمثل هذا النوع من الأعمال ولا محل له إطلاقاً فى مجال لا يتعدى لإمداد الطلاب فى مادة التخصص بمرجع لم يعولون عليه فى الإلمام بهذه المادة وأداء الامتحان فيها .

والواقع أن الشلوذ وصف بلحق دائماً بنتائج كل أمر فيه خروج على القانون ، ويعد أقوى العلامات الدالة على هذا الخروج ، إذ لو كان تطابق الأمر مع القانون قائماً ما كان يوجد فى نتائجه أى شلوذ .

* * *

وفوق ما تقدم ، فانه ليس لمصلحة الضرائب أن توالى ملاحظتها لأستاذ الجامعة متعلقة فى ذلك بحكم محكمة النقض السالف بيانه فى ديباجة هذا التعليق .

فن ناحية ، لم يصدر هذا الحكم فى صدد أستاذ من أساتذة الجامعة ، حتى يبرز ما أنبعث بسببه عن مصلحة الضرائب من طبل وزمر .

ومن ناحية أخرى ، يتعين فهم الواقعة التى فصل فيها ذلك الحكم لمعرفة حدودها ومعالمها ، وبذا يتأتى وضع الحكم موضعه الصحيح وعدم تحميله أكثر مما يحتمل .

وبالرجوع إلى ذلك الحكم يتبين منه أن الواقعة خاصة بأستاذ كان يلقي محاضرات في معهد الضرائب على موظفي مصلحة الضرائب وطبع هذه المحاضرات سنة ١٩٤٧/٤٦ ، غير أنه أعاد طبعها لمناسبة صدور القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بتعديل القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وباع جانباً من نسخ الكتاب بمعرفة إحدى المكتبات وقام هو ببيع باقي النسخ ، ثم أعاد طبع الكتاب سنة ١٩٥٦ لمناسبة التعديلات التي استحدثها المشرع بقوانين الربط الحكمي وألف جزءاً ثانياً من الكتاب أضافه إلى الجزء الأول .

ولذا نسبت إليه محكمة النقض قصد الربح ، إذ قالت إن هذا القصد هو أحد الدوافع التي دعت إلى النشاط ، ولو أنه لم يكن متوافراً عند بدء مزاولته للنشاط أي وقت التدريس .

فما شأن تلك الحالة بأستاذ في الجامعة طبع نتائج بحثه العلمي في سبيل أن يدرسها لطلابه ، وأعاد طبعها بما طرأ عليها من جديد لأنه لا يزال يدرسها للطلاب ، وليس لديه قصد الربح لا أولاً ولا آخرأ ؟

إذا كان يحدث عرضاً أن يصل كتاب أستاذ الجامعة إلى متناول شخص من غير الطلاب ، فإن ذلك ليس على أية حال الهدف الذي يرى إليه الأستاذ أصلاً ، لأنه إنما يطبع نتائج كفاحه العلمي لطلابه بقدر حاجتهم وبمقدار يتناسب مع عددهم ، ولا يتصرف قصده بتأناً إلى النشر للجمهور دون تمييز ، وينتهي لديه العنصر النفساني الذي يتطلبه القانون في سبيل الإلزام بالضريبة مادام الكتاب محصوراً في المنهج الرسمي المحدد لامتحان الطلاب فيه .

والقول الفصل في ذلك القانون .

ولذا نورد فيما يلي نص المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (معدلاً بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ثم بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٦٠) ، ونبين كيف أن نتيجة التطبيق السليم والتفسير الصحيح لهذا النص ، هي

إخراج أستاذ الجامعة من عداد الخاضعين لضريبة المهن غير التجارية ، وإنما في حدود الكتاب العلمي الذى يضعه للطلاب فى المنهج الرسمى المعهود إليه بتلقيهم إياه وامتحانهم فيه .

تنص تلك المادة على أنه :

«ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٢ تفرض ضريبة سنوية سعرها :

١١٪ عن ال ١٥٠٠ جنيه الأولى

١٣٪ عن ال ٥٠٠ جنيه التالية

١٥٪ عن ال ١٠٠٠ جنيه التالية

١٨٪ عن ال ٢٠٠٠ جنيه التالية

٢٢٪ عما زاد على ذلك

على لوائح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التى يمارسها الممولون بصفة مستقلة ويكون العنصر الاساسى فيها العمل .

وتسرى هذه الضريبة على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ومع ذلك يعنى من أدائها :

١ - الجماعات التى لا ترمى الى الكسب وذلك فى حدود نشاطها الاجتماعى أو العلمى أو الرياضى وكذلك المعاهد التعليمية .

من هذه الإرادة الصريحة للقانون ، يتضح الشرطان اللازم توافرها لاستحقاق ضريبة المهن غير التجارية .

الشرط الاول : يتعلق بوعاء الضريبة إذ يجب أن يصدق على هذا الوعاء وصف الربح .

والشرط الثاني : يتعلق بصاحب النشاط المنتج للربح إذ يلزم فيه أن يمارس هذا النشاط بصفة مستقلة ، لأنه إذا مارس النشاط بصفة تبعية أى مع وجود علاقة تبعية بينه كخادم وبين آخر كمخلوم لا تسرى الضريبة على المهن غير التجارية ، وإنما يجوز أن تسرى ضريبة أخرى هى تلك التى قررها القانون على كسب العمل ، وذلك متى تحققت الشروط الأخرى لهذه الضريبة. وسرى أن كلا الشرطين متخلف فى تأليف أستاذ الجامعة لكتاب فى فرع تخصصه .

ولا ينال من هذا النظر ، كما سرى ، ولا يؤدى إلى استحقاق الضريبة على مثل هذا الكتاب ، كون النص قد قرر أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، لأن المقصود بهذا النشاط عمل لا يدخل فى مضمونه ولا يندرج تحته الكتاب الجامعى الموضوع للطلاب فى فرع التخصص .

عن الشرط الأول

يلزم فى وعاء الضريبة أن يكون ربحاً . وقد استلزم القانون هذا الشرط صراحة حين قرر أن الضريبة تسرى على أرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التى يكون العنصر الاسمى فيها هو العمل .

والقاسم المشترك بين المهن المقصودة هو العمل وكونه المصدر الاسمى للربح ، لا رأس المال ، لأن الربح الناتج من رأس المال يخضع لضريبة الأرباح التجارية والصناعية .

كما أن فيصل التفرقة بين الربح الناتج من العمل والخاضع لضريبة المهن غير التجارية ، وبين الربح الخاضع لضريبة كسب العمل والناتج هو الآخر من العمل ، أن الضريبة الأخيرة تسرى على من يمارس نشاطه تابعاً لمتبوع ، بينما ضريبة المهن غير التجارية تتعلق — كما قرر القانون صراحة — بمن يباشر نشاطه بصفة مستقلة .

وخصص نص القانون من يمارسون نشاطهم بصفة مستقلة بأنهم أرباب المهن الحرة والمهن الأخرى غير التجارية ، إذ رأى القانون أن للمهن الحرة معنى اصطلاحياً عريضاً ينصرف إلى الطب والمحاماة والهندسة ، فأراد استخدام تعبير آخر بالإضافة إليها هو تعبير المهن غير التجارية ، ليشمل هذا التعبير كافة المهن التي يكون العمل لا رأس المال المصدر الأساسي للربح فيها ، مثل التحليل الكيميائي والتمثيل المسرحي أو السينمائي والإخراج المنظري والغناء والتأليف والتنفيذ الموسيقي والإنشاء الروائي ، وهذه كلها مهن لم يجز العرف على تسميتها بالمهن الحرة ، ولو أنها هي الأخرى مهن غير تجارية ، ليست فيها وساطة بين منتج ومستهلك ولا تركز على رأس المال ، كما في التجارة والصناعة ، وإنما تعتمد أساساً على العمل الإنساني الشخصي .

وشاء القانون ألا يفلت من الضريبة حتى من يباشر نشاطاً عرضياً منتجاً للربح ، كمن يولف رواية واحدة تصادف رواجاً ونجاحاً فتدبر له كسباً وفيراً بعد ضربة من ضربات الحظ . فلكي يخضع القانون للضريبة حتى مثل هذا المؤلف ، على الرغم من أنه لم يخترع التأليف بعد ، ولم ينتج سوى رواية واحدة ، قرر في عبارة عامة أن ضريبة المهن غير التجارية لا تسرى فحسب على كل مهنة لا تخضع لضريبة أخرى مثل ضريبة الأرباح التجارية والصناعية ، وإنما كذلك على كل نشاط لا يرقى إلى درجة المهنة أي الاحتراف ، متى كان لا يخضع لضريبة أخرى .

ولا يراد بالنشاط غير الخاضع لضريبة أخرى ، أي عمل إنساني يعود على صاحبه بمبلغ من النقود .

فيلزم دائماً في المبلغ العائد من العمل على صاحبه ، أن يكون ربحاً ، لأن وعاء الضريبة هو دائماً الربح ، وحدد القانون وعاء الضريبة في ديباجة النص بأنه «أرباح» ، وحين قرر أن هذه الضريبة تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، قصد الضريبة موضوع النص والمحدد وعاءها بأنه ربح لا محض النسب المتوية لتلك الضريبة ، إذ لا تتصور ضريبة بدون

وعاء معين لها وفي صورة نسبة مئوية تقتطع من أى مبلغ تقضى يحصل عليه أى إنسان . فمثل هذا الاقتطاع لن يكون ضريبة بالمعنى الذى لهذه الكلمة وإنما صدقة إجبارية عفا عليها الزمن ولم يعد لها وجود .

وإذن فالنشاط الخاضع لضريبة المهن غير التجارية لأنه لا يخضع لضريبة غيرها ، لا يمكن إلا أن يكون نشاطاً ملزماً لمبلغ يصدق عليه وصف الربح .

وحين قرر القانون أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، قصد التعميم من باب التحوط ، إذ لم يكن فى وسعه أن يضع بياناً جامعاً وحسراً شاملاً لكل مهنة أو نشاط الناصر الأساسى فيها هو العمل ويدران ربحاً ، ومع ذلك لا يخضع ربحهما لا لضريبة الأرباح التجارية والصناعية ولا لضريبة كسب العمل .

فلو وضع القانون مثل ذلك البيان لجاء قاصراً عن الإحاطة بكل ماتستحدثه الحياة العصرية من صور للنشاط الإنسانى المنتج لربح تأسيساً على العمل وحده . فهذه الصور متزايدة على الدوام فضلأ عن أنها تفوق الحصر ، ويمكن أن يدخل فيها يوماً ما حتى جمع القمامة وحتى حراسة السيارات وترتيب وقوفها فى غياب أصحابها .

ذلك التعميم إذن ، لا يعلو أن يكون تحوطاً من جانب القانون فى تحديد وعاء الضريبة ، وذلك ليجيء هذا التحديد محكماً لا يفلت منه أى مواطن جنى ربحاً من وراء عمله .

هو تعميم ينطوى على أسلوب مفهوم المخالفة ، ويعزز ماسبق أن عبر عنه النص بأسلوب مفهوم المطابقة .

فكل نشاط قوامه الأساسى هو العمل لا رأس المال ، يخضع لضريبة المهن غير التجارية بمفهوم المطابقة مع الشطر الأول فى نص المادة .

وكل نشاط لا يخضع لضريبة المهن التجارية والصناعية ولا لضريبة

كسب العمل ، تسرى عليه - بمفهوم المخالفة - ضريبة المهن غير التجارية ، إذ يفترض فيه أن عدم خضوعه لضريبة أخرى راجع إلى كون قوامه الأساسي ليس رأس المال حتى تسرى عليه ضريبة المهن التجارية والصناعية ولا علاقة التبعية بين خادم ومخدوم حتى تتناوله ضريبة كسب العمل ، وإنما العمل ، وبالتالي تنصب عليه ضريبة المهن غير التجارية .

هذا هو كل ما يعنيه القانون بقوله عن ضريبة المهن غير التجارية إنه «تسرى هذه الضريبة على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى» .

وأما الخصيصة الجوهرية التي لا غناء عنها في كل أحوال الضريبة وكائناً ما كان النشاط الذي تسرى عليه ، فهي أن يكون المبلغ الناتج من هذا النشاط ربحاً .

ومتى كان المبلغ الناتج للإنسان من سلوكه مجرداً من وصف الربح ، فلا شأن بالضريبة به ، إذ لا بد لاستحقاقها من وجود ربح .

ولم يكن القانون في حاجة إلى إعفاء الجماعات التي لا ترمى إلى الكسب من الضريبة على المبالغ التي تعود عليها من نشاطها العلمي أو الاجتماعي أو الرياضي ، لأن هذه المبالغ ، وإن كانت فائضاً ، لا تعد أرباحاً ، وبالتالي لم تكن تصلح أصلاً كوعاء للضريبة ، وكان طبيعياً أن تخرج من متناول الضريبة لهذا السبب ، دون ضرورة لنص صريح في معني إعفائها .

ذلك هو معنى الشرط الأول في المبلغ الخاضع للضريبة وهو أن يكون ربحاً .

ولقد آن لنا بعد ما تقدم ، أن نبين لماذا لا يتوافر هذا الشرط فيما يعود على أستاذ الجامعة من مبلغ ، نتيجة بحثه العلمي في فرع تخصصه وتسجيله لنتائج هذا البحث وطبعها ونشرها على الطلاب .

ونرى أن وصف الريح ، لا يمكن أن يصدق على ذلك المبلغ لسبيين :
السبب الأول : أن أستاذ الجامعة يستهدف بعمله طلاب علمه ولا شأن
له بعموم الجمهور .

والسبب الثاني : أن التنقيب عن الحقيقة العلمية لكشف النقاب عنها
وفهمها ثم إفهامها ، يتميز بعمل بأنه أشق أنواع الأعمال ، والبون شاسع
بين الكشف عن الحقيقة وتسجيلها ، وهذا شيء ، وبين التطبيق العملي
استثماراً لها بعد اكتشافها ، وهذا شيء آخر .

فن جهة تختلف أستاذ الجامعة عن غيره من مؤلفين ، في أنه يتبع
الأسلوب العلمي في البحث . وهذا الأسلوب يتميز بالتجرد من أية فكرة
مكونة مقدماً ومن أي إحساس شخصي قد يكون وأهماً في كله أو جزء منه ،
وبالبحث عن الحقيقة والتقاطها كما هي وتصويرها دون إدخال أي تعديل
على صورتها .

وحقائق الكون سواء فيما يتعلق منها بالمادة أو بالإنسان ، مجاهل كان
الأسلاف ولا يزال الأخلاف يخوضون غمارها ، وستظل إلى الأبد كما كانت
منذ الأزل محل بحث وتنقيب من جانب العقول البشرية القاصرة ، ولا يفعل
الباحثون سوى الوقوف على قبس من نور الحقيقة في أي مجال من مجالاتها ،
ثم يأتي اللاحقون ليواصلوا عمل السابقين ويضيفوا إلى حصيلته مزيداً
ومع ذلك تظل الحقيقة على الدوام عملاً لا يقوى على مطاولته أقزام البشر .

على أن أستاذ الجامعة كباحث عن الحقيقة في مكتبة أو في معمل ،
لا يسجل نتائج بحثه وينشرها بقصد الريح ، وإنما لتلقين الطلاب هذه النتائج .

فهو يختلف عن مؤلف روائي يعرض روايته على الجمهور قاطبة .

وحين يطبع الأستاذ نتائج بحثه في المنهج العلمي المعهود إليه بتلريسه ،
إنما يفعل ذلك لطلابه الواجب أن يجتازوا الامتحان في هذا المنهج ، وليست

له نادياً ونفسانياً أية وجهة غيرهم ، ولو حدث أن وقع كتابه عرضاً في يد سواهم .

يوكد ذلك أن الأستاذ يراعى دائماً في طبع كتابه الجامعى ألا تزيد نسخه عن قدر معين ، حتى يتمكن من إعادة الطبع بعد ذلك لإضافة ماجد على مكتشفات الحقيقة العلمية من مزيد ، ومتابعة ما يطرأ في مجال التخصص من تطور مستمر لا ينقطع ، سواء في النطاق الوطنى أو في النطاق الدولى .

ولهذا ، فإن عدد النسخ لا يمكن أن يقل عن ألف في كل مرة ، ولا يتجاوز عادة الألف . فالألف كرقم حد أدنى وأقصى في الوقت ذاته . أما أن هذا الرقم حد أدنى ، فلأن طبع أقل من هذا العدد معناه أن تزيد التكاليف إلى درجة لا قبل للطالب بتحملها بدلا من أن توزع على نحو يدخل في مقدور كل طالب . وأما أن ذلك الرقم حد أقصى كذلك ، فلأن تجاوز الألف نسخة يقف عقبة في سبيل سرعة تصريف الكتاب ويحول دون ملائحة التطور السريع والمستمر في مادة التخصص بتسجيل هذا التطور في طبعة جديدة .

فإذا كان أى مؤلف يكتب لجمهور الناس أجمعين وبلون تمييز ، وإذا كان هذا أيضاً شأن الممثل والموسيقار والمغنى الخ .. ، فإن أستاذ الجامعة لا يكتب إلا لطلابه ولخدمة الحقيقة العلمية في مجالها الجامعى ، وبالتالي فلا محل لأن ينسب اليه استهداف الربح .

هذا هو السبب الأول في نفى صفة الربح عن المبلغ الذى يعود على أستاذ الجامعة من كتابه الجامعى .

ومن جهة أخرى — وهذا هو السبب الثانى — ليس البحث العلمى الذى يقوم به أستاذ الجامعة ويسجل نتائجه في كتابه من قبيل الأعمال القابلة لأن تقدر بالمال .

فهو ينقب في الكتب بمختلف اللغات ، ويحكم على نفسه بحبس طويل الأجل في مكتبة أو في معمل ، ولا يجد من الوقت أحياناً ، وعليه فوق إلقاء الدروس إعدادها ، ما يتيح له حتى المتعة بالشمس والهواء ، ويضطر إلى ملاحظة كل كتاب أو خبر يظهر في العالم كله في فرع التخصص ، ويستجمع أفكاره ثم يصبها على الورق بالأسلوب المناسب الذي يكفل بعد فهم الحقيقة أن يفهمها الطلاب أيضاً ، ثم يصحح ملازم الطباعة من الأخطاء المطبعية المادية التي تشيع وتكرر في أكثر من تجربة للصحيفة الواحدة وإلى حد ينفذ معه صبر كل صبور ، وهذه كلها مشقات بصرية وذهنية وتعبيرية وعصبية يشيب من هوها الولدان ولا يحس بها إلا من هو واقع تحت نيرها ويحترق بنارها .

ذلك شأن أستاذ الجامعة كسؤول عن أمانة البحث العلمي .

بل إن الإقدام على تجديد طبع النتائج العلمية للبحث بعد مراجعتها وإعادة النظر فيها وتعديلها إن كان للتعديل موجب أو تصويبها إن كان للتصويب محل ، وإضافة ما جد بعدها من جديد ، ثم معاودة الكرة في تصحيح ملازم طباعتها ، تجربة مبررة ، يحس الأستاذ وهو مقبل نحوها بعد اكوائها بنار سابقتها ، كما لو كان مسوقاً إلى الهلكة .

ومن أجل هذا ، فإن كثيراً من أساتذة الجامعة يفرغ بعد لأمى من وضع مؤلفه في فرع تخصصه ثم لا يأنس في نفسه القدرة على إعادة طبع هذا المؤلف مرة أخرى ، لأن المهمة نالت من طاقته إلى حد أقعده عن مولاتها والاستمرار فيها .

وحتى لو صحت نية الأستاذ على أن يستريح ، لا يجد إلى الراحة سبيلاً أمام السيل الجارف المتجدد كل عام من الطلاب الذي يفلون إلى الجامعة كي يتلقنوا فيها فرع التخصص .

وإذا كان هذا هو شأن الكفاح في سبيل كشف الحقيقة وفهمها والعمل

على إفهامها ، فإنه ليس الحال كذلك على العكس في التطبيق العملي استئثاراً للحقيقة بعد اكتشافها .

ذلك لأنه شتان بين اكتشاف الحقائق الطبية مثلاً ، وبين الاستئثار بها في علاج مريض . ومن ثم فشتان بين أستاذ الطب كباحث علمي وبينه كطبيب معالج .

كما أن اكتشاف حقائق القانون شيء ، ومجرد الاستعانة بها في حل أقضية الناس على ضوءها شيء آخر . وبالتالي فشتان بين أستاذ القانون كباحث علمي وبينه كمحام .

واكتشاف قوانين الطبيعة الكونية والوقوف على حقائق الأشياء ثم التعبير عن كل ذلك وتبصير الطلاب به شيء ، ومجرد الاسترشاد بتلك القوانين وهذه الحقائق في التخطيط لعمل هندسي أو صناعي شيء آخر . وبالتالي فشتان بين أستاذ الهندسة أو العلوم كباحث علمي وبينه كمهندس يطبق في بساطة وسهولة معارف تم التوصل إليها .

ومع التسليم بأن استئثار الحقيقة في التطبيق العملي هو الآخر عمل فكري ، فإن الكفاح في سبيل فهمها أولاً ثم إفهامها عمل فكري أشق .

ذلك لأنه إذا كان الأول مجرد استخدام لطاقة المخ وحاسة البصر وقوة الصحة ، فإن الثاني ليس مجرد استخدام لهذه النعم وإنما هو في الحقيقة استهلاك لها .

فالمحاماة والطب والهندسة أعمال فكرية تعد مجرد استخدام للطاقات الذهنية ، وأما وضع مؤلف علمي للكشف عن حقائق القانون أو الطب أو الهندسة وتسخير القوة التعبيرية للوصول بهذه الحقائق إلى أفهام الطلاب ، فيعد استهلاكاً لتلك الطاقات لا مجرد استخدام لها .

وبينما استخدام الطاقات الذهنية في الأعمال الفكرية ينال هو الآخر من الصحة البدنية للإنسان ، فإن استهلاك هذه الصحة يتم ببطء وتلرج وعلى المدى الطويل ، وأما استهلاك الطاقة الذهنية والبصرية والعصبية في البحث العلمي وأهواله ، فإنه استهلاك سريع للصحة البدنية فوري الآثار عليها دون إهمال ، ولذا يهابه ويخشى أن يقربه حتى القتي مقتول الساعدين .

وإذا كانت الأعمال الفكرية كالحاماة والطب والهندسة ، تؤول للجمهور عموماً دون تمييز ، وتلر لهذا السبب ربحاً ، فإن المبلغ الذى يعود على العكس من البحث العلمى لأستاذ الجامعة ومن نشر نتائج هذا البحث على الطلاب تسجيلاها ووصولاً بها إلى أفهامهم ، لا يمكن أن ينطبق عليه وصف الربح ، لأنه ناتج من عمل محصور في الطلاب ومقصود عليهم ومتخذ منهم الوجهة والمقصد .

فإذا لم يكن ذلك المبلغ ربحاً ، فإذا يكون وصفه إذن ؟

إن الوصف الوحيد الذى يتلام مع طبيعة ذلك المبلغ ، هو أنه «مقابل استهلاك» ، يعد ترضية رمزية غير مجزية لا مادياً ولا نفسياً ، ويراد به التشجيع على المضى في استهلاك طاقات المخ والبصر والصحة ، وقد لا يشجع وكثيراً ما لا يشجع على ذلك .

فما هى قيمة هذا المبلغ على أحسن الفروض ؟

إن رقمه عملاً لا يتجاوز مثل ما يحصل عليه أى موظف عمومى من أجر شهرى لقاء عمل إضافى يؤديه بدون عناء يذكر ، فوق عمله الأصلى .

فهو من الناحية المادية مبلغ هزيل لا يكفى للوفاء بحاجات الأستاذ ومطالبه الخاصة ولا يساوى شيئاً أمام الجهد المضنى القاتل الذى أدى إليه . ويراعى فيه أصلاً عدم الإقبال على الطلاب . وليس سوى الحد الحيوى الأدنى اللازم في سبيل المثابرة على عمل لا سبيل إلى الاستمرار عليه دون إسهام ومؤازرة المستفيدين منه .

فكما أن ملجأ العجزة لا يقوى على إيوائهم وتغذيتهم دون إسهام منهم في تكاليف ذلك ، فإن أستاذ الجامعة لا قبل له بالبحث العلمى وتسجيل نتائجه وتلقيها للطلاب دون إسهام من هؤلاء في أعباء هذه المهمة وتكاليها .

وكما أن تحقق فائض الملجأ العجزة من وراء إيوائه هؤلاء وتغذيتهم لا يعتبر ربحاً لأن فيه تدعيماً لكيان الملجأ ومعاونة له على المضى في أداء رسالته ، فكذلك الفائض الذى يعود على أستاذ الجامعة من توزيع كتابه على طلابه ، لا يعد ربحاً ، ولا يمكن أن يكون أثره — على أحسن تقدير — سوى الإمساك بقدرات الأستاذ من أن تنهار ، وتمكينه من الإقدام على مزيد من استهلاك هذه القدرات ، وقد لا يقدم مع ذلك على هذا المزيد .

فالمبلغ مقابل استهلاك . وهو مقابل رمزى لا يعادل الاستهلاك الحقيقى غير القابل لأن يقيم بمال .

ومن البديهي أن مقابل الاستهلاك لا يمكن أن يتناسب معه وصف الربح .

فإذا جاءت مصلحة الضرائب كى تخضع حتى مقابل الاستهلاك للضريبة كان معنى ذلك اقتضاء ضريبة مما لا يعتبر ربحاً ، وهذا يخالف القانون ، وصار من الطبيعى عندئذ انهيار العمل الذى يؤدى به الأستاذ رسالته العلمية ، لأنه فوق البحث العلمى وهو في ذاته هدام ، تضيف الضريبة معول هدم آخر يزرع البقية الباقية من المساند المسكة بهذا البحث عن التداعى ، فيهبى ويسقط .

عن الشرط الثانى

قلنا إن الشرط الأول في استحقاق الضريبة على المهن غير التجارية ، هو وجود الربح . وبيننا أن مجرد نتاج مبلغ نقدى من سلوك ما ، لا يدل في ذاته على أن هذا المبلغ ربح . فقد يكون هذا المبلغ مقابلاً رمزياً

لاستهلاك قدرات من شأنها لو تركت دون مساندة أن تنهار وتسقط ، كما هو الحال في المبلغ الذي يعود على أستاذ الجامعة من كتابه العلمي . ثم إن وصف مبلغ بالربح لا بد له من طوية نفسية معينة لدى من حصل على هذا المبلغ ، وهي انتواء الربح واستهلافه ، ولا وجود لنية أو هدف من هذا القبيل لدى أستاذ يبحث عن الحقيقة العلمية لفهمها وإفهامها لطلابه وامتحانهم في الإلمام بها .

على أن هناك شرطاً ثانياً لاستحقاق الضريبة تطلبه القانون هو الآخر صراحة كما قلنا ، وهذا الشرط هو أن يكون الربح ناتجاً من عمل يمارسه صاحبه بصفة مستقلة .

فقد حددت المادة ٧٢ المذكورة وعاء الضريبة بقولها إن الضريبة تفرض على «أرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التي يمارسها الممولون بصفة مستقلة ويكون العنصر الأساسي فيها العمل» .

ومن البديهي أن الصفة المستقلة في سلوك ما ، معناها أن يكون صاحب هذا السلوك حراً في الإقدام عليه أو الإحجام عنه كلما شاء ذلك .

وتأليف الأستاذ الجامعي لكتابه العلمي في مادة تخصصه ، كى يعول الطلاب على ذلك الكتاب في إلمامهم بهذه المادة ، سلوك لا تتوافر به الصفة المستقلة ، لأنه من التوابع اللازمة لوظيفة عامة هي وظيفة البحث العلمي والتدريس في الجامعة ، ولا يملك الأستاذ الإقدام على هذا السلوك حين يشاء ، والإحجام عنه حين يشاء ، وإنما هو مرغم عليه إرغاماً لا يملك فكاً كما منه مادام يودى وظيفته كأستاذ في الجامعة .

ووجه الإرغام في تأليف ونشر الكتاب الجامعي ، يجعل من هذا العمل سلوكاً تبعياً لوظيفة ، ومن ثم لا يخضع هذا السلوك للضريبة ، لأنها حسب الإرادة الصريحة للقانون ، إنما تنصب على سلوك يباشره صاحبه «بصفة مستقلة» ، أى يكون حراً في اتخاذه أو في التوقف عنه .

وأما الإرغام في تأليف وطبع الأستاذ الجامعي لكتاب في مادة التخصص ،
فأمر تقضى به من ناحية طبيعة الأمور في ذاتها ، ومن ناحية أخرى النصوص
الصريحة لقوانين التعليم الجامعي .

فالمسؤول عن البحث العلمي في أى مجال من مجالات الحقيقة الكونية
مادية كانت أم إنسانية ، هو أستاذ الجامعة المختص الأصيل بهذا المجال
والكلف من الدولة والشعب والقانون بالانقطاع له والكشف عن مزيد
من خفاياه .

وهو إذ يتولى البحث في مجال تخصصه ، ويصل في هذا البحث إلى نتائج ،
لا يملك التستر على هذه النتائج وكتبتها في سريره ، وإنما هو مطالب بإعلانها .
ولا يكفي في إعلان نتائج البحث ، أن يلقي بها الأستاذ شفويًا في
محاضرات ، لأن الكلمة الشفوية طائفة بينا الكلمة المكتوبة ثابتة
verba volant scripta manent.

فلابد في إعلان النتائج من كتابتها ، لاسيما والكتابة معوان على مزيد
من التأمل العميق والتدقيق في الصياغة وبلورة الفكرة وضبط معالمها قبل
الإفصاح عنها والتوفيق في العثور على الوسيلة اللفظية المناسبة لنقلها على حقيقتها
إلى إدراك الآخرين .

هذا هو وجه تفضيل الكتابة على المشافهة .

ولو وقفت الأمور عند حد المشافهة ، لضج الطلاب بالشكوى من عدم
القدرة على التسجيل في الورق ، ولطالبوا بالإملاء ، ولتحولت قاعات
الجامعة إلى حصص للإملاء ثم للاستفسار عن معنى ما أُملي ، ولسار تلقين
العلم بطيئًا ببطء السلحفاة ، بينا عصر السرعة والنور يوجب سواء على
الأساتذة أم على الطلبة ، أن يقطعوا في الوقوف على الحقائق العلمية مسافات
وأشواطًا .

وكيف يتأتى لنا في الجامعات العصرية المتعدنية أن نتصور أستاذاً بغير كتاب ؟ .

وكيف يقف الخلف في البحث العلمي على أعمال السلف فيه ، إذا كانت هذه الأعمال مدونة بالخير في كراسات ؟ .

ولماذا نشأت الطباعة ؟ ألم تنشأ لضرورة عملية هي إثبات الأفكار على نحو يصونها من التبدد والزوال ؟ ألم تنشأ كي تريح كذلك طالب المعرفة من إرهاق أيديهم بالكتابة اكتفاء بأن واحداً فقط قد أرقق يديه قبلهم وبدلاً منهم وفي سبيلهم وهو الذي أخذ على عاتقه فهم الحقيقة ثم تدوينها في سبيل إثباتها والإفصاح عنها ونقلها إلى مدارك الغير ؟ .

إنه انفراد بإرهاق فكره ويديه ووقته على الآخرين ، على الأقل ، أن يرهقوا هم الآخرون أيديهم في الكتابة .

ليس لكم بعد ذلك ، إن أنصفتم أيها الناس ، أن تقولوا إن أستاذ الجامعة إنما يكتب أفكاره ويطبع كتابه للأبحار بعلمه .

فهو إنما يفعل ذلك إثباتاً وتسجيلاً لعلمه وتمكيناً لطلابه في الجامعة من أن يتلقنوا هذا العلم . ويفعل ذلك مرغماً بطبيعة الأمور ذاتها في أداء وظيفة البحث العلمي والتدريس . وهو دون سواه المختص الأصيل بالبحث عن الحقيقة العلمية في سبيل الكشف عنها وإدخالها مدارك الطلاب . فهل يعقل بعدئذ القول بأن التجاه إلى طباعة نتائج بحثه لطلابه يدل في ذاته على تضييع الريح واستهداف الكسب ؟ .

ثم إن وجه الإرغام في طبع الأستاذ الجامعي لكتابه ونشره هذا الكتاب على طلابه الجامعيين ، لا يرجع إلى طبيعة الأمور فحسب أي إلى الطبيعة الذاتية لوظيفة البحث والتدريس ، وإنما هو مستخلص كذلك — كما قلنا — من النصوص الصريحة لقوانين التعليم الجامعي .

فالمادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٩١١ لسنة ١٩٥٩ نصت على أن مجلس الجامعة يؤلف من بين أعضائه ومن غيرهم من أعضاء هيئة التدريس لجاناً فنية لبحث الموضوعات التي تدخل في اختصاصه ، ومن تلك اللجان لجنة التأليف والترجمة والنشر والمكتبات الجامعية . ثم نصت المادة ٢٣ من اللائحة على اختصاص هذه اللجنة فجعلت من هذا الاختصاص وضع النظم التي تكفل تأليف الكتب الجامعية ونشرها وتداولها وتشجيع أعضاء هيئة التدريس على تأليف الكتب والمراجع ، وتيسر حصول الطلاب عليها .

فالصفة الاضطرارية في سلوك أستاذ الجامعة إذ يطبع كتابه العلمي الجامعي في مادة تخصصه وينشر هذا الكتاب على طلابه الجامعيين في تلك المادة ، صفة لصيقة بطبيعة وظيفة البحث والتدريس ورأجة في الوقت ذاته إلى القوانين الحاكمة للتدريس الجامعي .

فالاضطرار إلى ذلك السلوك ، يملية كل من الواقع والقانون .

ولا يمكن وصفه الاضطرار قائمة في سلوك ما ، أن يقال بأن هذا السلوك متخذ صفة مستقلة .

وقد اشترط القانون في إخضاع السلوك للضريبة ، أن يباشره صاحبه بصفة مستقلة ، أى بصفة اختيارية لا اضطرار فيها ولا لإرغام .

وقد يقال إن تأليف ونشر الكتاب الجامعي ، إن كان لا يعد سلوكاً ذا صفة مستقلة لأن له صفة تبعية لوظيفة عامة جامعية ، لا يخضع لضريبة المهن غير التجارية ، وإنما للضريبة على كسب العمل لاسيما والضريبة الأخيرة تسرى على من يتقاضون مبالغ وهم في علاقة من التبعية لجهة ما .

غير أنه من الواضح أن علاقة التبعية ليست الخصيصة الوحيدة في وعاء الضريبة على كسب العمل ، وإنما يلزم في هذا الوعاء بصريح نص المادة ٦١

من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن يكون من المرتبات وما في حكمها
والماهيات والمكافآت والأجور والمعاشات والإيرادات المرتبة لمدى الحياة .

وبدسي أن المبلغ الذى يعود على أستاذ الجامعة من تأليف وطبع وتوزيع
كتابه العلمى فى المادة على طلاب المادة ، أى الناتج من البحث العلمى
وكتابة نتائجه وتصحيح ملازم طباعتها ، ليس مرتباً ولا ماهية ولا مكافأة
ولا أجراً ، لأن كل هذه المصطلحات تعنى مبالغ نقدية يراعى فى كل منها
التكافؤ المادى مع ما يقابلها ، وأما المبلغ العائد من البحث العلمى ونشر نتائجه
فلا يتحقق بينه وبين السلوك الذى أدى إليه أى تكافؤ مادى ؛ ولذا وصفتنا
بأنه محض مقابل غير مجزى لاستهلاك طاقة المخ وحاسة البصر ، وليس
فيه من معنى المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر المادى أى نصيب
فالسلك الذى أفضى إليه أسعى من أن يقيمه أى مال ، كما أنه ، كمبلغ
نقدى ، ليس سوى ترضية للنفس نظير استمرارها على إرهاق طاقة المخ
وحاسة البصر ، وقد لا تقنع النفس بهذه الترضية .

والمفهوم دائماً فى مقابل الاستهلاك أنه تعويض عن خسارة ، وهو هنا
تعويض غير متكافئ . والتعويض ليس تحقيقاً لمغرم ، حتى ولو كان تعويضاً
كاملاً ، وإنما هو مقابل لمغرم .

وكما لا يمكن أن يتوافر فى التعويض معنى الربح ، لا يمكن أن يتوافر
فيه معنى المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر ، لأن كل هذه مقابل مادى
لخسارة قابلة للتقييم مادياً .

وسواء سمينا المبلغ العائد على أستاذ الجامعة من كتبه العلمى ، مقابل
استهلاك لطاقت هذا الأستاذ أو تعويضاً هزئياً عن إرهاق هذه الطاقات ،
فانه مهما كانت تسميته ، يعد تغطية لمغرم لا تحقيقاً لمغرم أو ربح ؛ وبهذه
الثابة لا تخضع للضريبة على الأرباح غير التجارية ، كما أنه لا يعد مرتباً
أو ماهية أو مكافأة أو أجراً أو إيراداً مرتباً لمدى الحياة ، حتى تخضع للضريبة
على كسب العمل ، لأن هذه كلها مصطلحات تدل على صور من المقابل

الجزى لعمل والمتكافئ مادياً مع قيمة هذا العمل ، ومن ثم لا يمكن أن يدخل في نطاقها ويندرج تحتها ما هو تعويض رمزي عن مغرم خطير .

• • •

بما سلف بين أن العائد النقدي من الكتاب الجامعي على الأستاذ الذي ألف هذا الكتاب ، لا يصلح وعاء لضريبة الأرباح غير التجارية ، لأن تأليف ذلك الكتاب ليس سلوكاً متخذاً «بصفة مستقلة» من قبيل ما تسرى عليه هذه الضريبة ، فضلاً عن أن ذلك العائد ليس ربحاً ، ووعاء هذه الضريبة هو الربح دون: سواء .

وقد يقال إن المادة ٧٢ من القانون حين نصت على أن ضريبة المهن غير التجارية تسرى على كل مهنة أو نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، مؤداها أن العائد من الكتاب الجامعي إذ لا يخضع لضريبة ما ، تسرى عليه ضريبة المهن غير التجارية .

ولكن هذا القول الذي ذاع ترديده وشاع ، يرجع إلى سوء فهم لنص المادة .

فقد قلنا أن القانون حين عمم ضريبة المهن غير التجارية على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، لم يقصد بهذا التعميم الإخلال بشروط استحقاق الضريبة في ذاتها ولا الخروج عن الوعاء الذي حدده لتستقر عليه .

فهذه الضريبة التي جاء في العبارة العامة للقانون أنها تسرى على كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى ، تظل دائماً محتفظة بماديتها وبشروط استحقاقها ، أي يلزم دائماً في النشاط الذي تسرى عليه لعدم خضوعه لضريبة غيرها ، أن يكون هذا النشاط منتجاً لربح من ناحية ، وأن يمارس بصفة مستقلة من ناحية أخرى .

وكل ما قصد بذلك التعميم ، هو كما قلنا ، التحوط في الصياغة بحيث تكون محكمة وشاملة كل وجوه النشاط الذي ينتج ربحاً ويمارس بصفة مستقلة ،

لأنه من المتعلق على القانون أن يقيم حصراً شاملاً لكل صور هذا النشاط ، وخصوصاً لأنه يقوم بصفة أساسية على العمل وحده ، فلكي يكون حصره جامعاً مانعاً قيل إنه كل نشاط لا يخضع لضريبة أخرى من قبيل ما يسرى على استثمار رأس مال أو على الموظفين أو المستخدمين .

فلا غناء عن شرط الربح ، كما أنه لا غناء عن شرط الضفة المستقلة في السلوك المنتج للربح ، لأنه إذا ارتبط هذا السلوك بعلاقة تبعية ، خضع لضريبة كسب العمل إن أنتج ما هو من قبيل المرتب أو الماهية أو المكافأة أو الأجر أو الإيراد المرتب للمدى الحياة .

وحين يتخلف قصد الربح في عمل ما ، لا يمكن أن يصلق على مثل هذا العمل وصف النشاط الذي يخضع للضريبة حين لا تكون ضريبة أخرى قد سرت عليه ، لأن المقصود بالنشاط في هذا الصدد ، السلوك الاختياري الحر الذي يهدف به صاحبه إلى الربح .

• • •

على أنه يلزم في سبيل مزيد من الإيضاح ، تحديد النطاق الذي لا تسرى فيه الضريبة على أستاذ الجامعة ، لعدم توافر الربح فيه من ناحية ، ولعدم توافر الصفة المستقلة لسلوك الأستاذ فيه من ناحية أخرى .

هذا النطاق خاص بالكتاب العلمي وحده ، أو الكتاب الجامعي ، أي الكتاب الذي يتفق مع حدود المنهج المعهود إلى الأستاذ رغبياً بتدريسه .

وليس من العسير الوقوف على هذا المنهج .

فلكل كلية جامعية أقسام علمية متخصصة .

وتنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ على أنه يختص القسم بجميع الأعمال العلمية والدراسية والإجتماعية فيه . ويحدد مجلس القسم البرامج والمقررات الدراسية ويوزع الدروس والمحاضرات والتمارين

والأعمال: التدرسية على أعضاء هيئة التدريس والمعيدين وسائر المشتغلين بالتدريس ، وينظم وينسق البحوث العلمية وأعمال هيئة التدريس .

فالبرنامج العلمية الرسمية واضحة محددة الأبواب والفصول .

ويكفى أن يكون كتاب الأستاذ كشافاً للحقيقة العلمية في الحالات المحددة بالبرنامج الرسمي المعهود إليه بتدريسه ، لأن التنقيب عن هذه الحقيقة ونشر نتائج هذا التنقيب هو المجهود المرهق الممض الذى قصد القانون إنقاذه من الضريبة حاية له ، ولأنه العمل الذى لا يمارس بصفة مستقلة وإنما بصفة تبعية لوظيفة البحث العلمى والتدريس وباعتباره من اللوازم الحتمية لأداء هذه الوظيفة ، ولأنه أولاً وأخيراً العمل الذى لا ينشد به صاحبه الربح لأنه فى خدمة الحقيقة العلمية وطلاب العلم فى الجامعة .

أما حين ينشر الأستاذ كتاباً فى غير المنهج العلمى الرسمى المعهود به إليه ، أو دون أن يكون هادفاً إلى الكشف عن الحقيقة العلمية موضوع هذا المنهج ، فانه يعد عندئذ قد اتخذ سلوكاً ذا صفة مستقلة لا شأن له بعبء وظيفته الأصلية ، وتقوم قرينة على أن هذا السلوك يهدف إلى الربح ، وبالتالي يجوز إخضاعه لضريبة أرباح المهن غير التجارية .

ومن اليسير أن يكتشف خروج الأستاذ عن المنهج المعهود به رصمياً إليه . ولكن كيف يلتزم حدود هذا المنهج ، ومع ذلك لا يعد سلوكه هادفاً إلى الكشف عن الحقيقة العلمية المراد بالمنهج استظهارها ؟ .

من الممكن تصور مثال لذلك ، وليكن هذا المثال فى مجال علم القانون .

فن البديسى أن العلم بالشئ هو إدراك حقيقة الشئ .

وكل علم ينزى لشيء فى سبيل إدراك حقيقته .

وللقانون علم كسائر العلوم .

والشيء الذى ينبى علم القانون لإدراك حقيقته هو نصوص القانون .

وليس من المين إدراك حقيقة هذه النصوص . فلا تكفى لذلك محض القراءة السريعة السطحية ولا محض الالتجاء إلى الأحكام القضائية الصادرة بالتطبيق للنصوص ذاتها ، لأن هذه الأحكام كثيراً ما تحظى فى فهم حقيقة النصوص المطبقة .

وأستاذ القانون فى الجامعة عليه هو فى المقام الأول أن يقرأ ويتأمل وينقب ويبحث ولا يقف عند السطور بل ينفوس إلى ما يوجد وراءها ، ويتابع ماضى النصوص وحاضرها ومستقبلها ، وحين يجد التفسير القضائى غير سديد يقول «أخطأ القضاء» ، وحين تعوزه كافة السبل الكفيلة بتقضى إرادة شاذة من جانب القانون ، يقول «أخطأ القانون» .

وقلما يخطئ القانون لو حملت عباراته على معناها المنطقى دون التزام لمعناها الحرفى . ومتى جاءت الحلول القانونية شاذة ، فيغلب أن يكون الشنوذ فى مفسرى القانون لا فى القانون ذاته .

فما دام القانون علماً كسائر العلوم ، فانه يتعين حتى فى مجاله ، التميز بين الشيء وبين حقيقته ، بين موضوع البحث وبين البحث ذاته ، فالنصوص هى الشيء أو موضوع البحث ، والمراد من أستاذ القانون إدراك حقيقة ذلك الشيء أى البحث فى هذا الموضوع للتوصل إلى كافة جوانبه وأغواره وأبعاده ، وبالجمله ، لمعرفة حقيقته .

فاذا اقتصر أستاذ القانون على طبع ونشر كتاب يسرد النصوص مجرد سرد ، أو يجمع شتاتها ، أو يردفها بتجميع لأحكام القضاء فى تطبيقها ، لا يعد بهذا الكتاب قد نهض يبحث علمى للكشف عن حقيقة النصوص غوصاً فى أعماقها تأصيلاً وتحليلاً ، ولا يكون سلوكه على هذا الوجه متخذاً بصفة تبعية لوظيفة البحث والتدريس ، كما لا يكون لازماً حتمياً من لوازمها ، وإنما يكون ذا صفة مستقلة لا شأن لها بهذه الوظيفة ، ويجوز

بالتبعية خضوعه لضريبة المهن غير التجارية ، متى استهدف ربحاً وتحقق منه ربح ، وتقوم به مبدئياً قرينة على استهداف الربح .

ومفاد ما تقدم ، أنه حين يكون كتاب أستاذ الجامعة علمياً جامعياً ، أى كاشفاً عن الحقيقة العلمية في موضوعات المنهج المهود به رسمياً إليه ، وكان معيار محاسبة الطلاب عن الإلمام بهذه الحقيقة في الامتحان الرسمي ، فإن المبلغ التقدي العائد منه لا يمكن أن يوصف بالربح ، كما لا يمكن اعتبار السلوك المفضى إليه متخذاً بصفة مستقلة ما دام لازماً حتمياً من لوازم البحث والتدريس ، وبالتالي يكون هذا الكتاب بمنجاة من الضريبة على المهن غير التجارية ، لعدم انطباق شروط هذه الضريبة عليه .

عن المؤلفين من غير أعضاء هيئة التدريس

إذا كان التأليف في ذاته عملاً شاقاً ، فإن التأليف العلمى تفوق مشقته كل وصف . ذلك لأن كتابة رواية يجود بها الخيال الخصب أمر هين لا يمكن أن يقارن بكتابة مؤلف علمى

فالمؤلف العلمى يستلزم قراءات وأبحاثاً وتجارب سابقة لا يتحتم مثلها أو لا يلزم بذات الكمية والتشعب والتعدد ، في وضع المؤلفات الأخرى .

كما أن إدراك الحقيقة العلمية في غاية المشقة والإعجاز ، حتى أن المؤلف العلمى لابد من مراجعته باستمرار لاحتمال التعديل فيه أو الإضافة إليه .

وفوق ذلك فإن أى موضوع من موضوعات التثويب العلمى في الجامعة متشعب مركب متعدد التواحي إلى درجة لا وجود لمثلها حين لا يكون موضوع الكتابة تسجيلاً للحقيقة العلمية في مجال ما من مجالاتها .

والمؤلف غير العلمى ، إنما يضعه صاحبه للجمهور العام من الناس وهو على كثرة عددية ضخمة ، وبالتالي تعد النقود الناتجة من توزيع هذا المؤلف ربحاً بالمعنى الصحيح يخضع للضريبة .

وحتى إذا قنع صاحب هذا المؤلف بمبلغ حصل عليه من جهة استخدمته
لهدف معين بالذات هو أن يكتب مؤلفه ، فإن هذا المبلغ هو الآخر يخضع
لضريبة كسب العمل بوصفه مكافأة أو أجراً ، لوجود التكافؤ في هذه الحالة
بين العمل وبين مقابله ، في حين أن التأليف العلمي كما قدمنا ، ولا يختص
به أصالة سوى عضو هيئة التدريس بالجامعة شاق إلى حد يفوق الوصف
وإلى درجة أن يصبح العائد النقدي منه مقابل استهلاك لا أجر استخدام ،
يمسك بالنفس عن الإنهيار ويشجعها - فيما لو قبلت تشجيعه - في سبيل
المثابرة على الاستهلاك ذاته .

ثم إن التأليف للتدريس ، يختلف عن أى تأليف عادى ، من ناحية أن
المؤلف العادى يكاد يتفرغ لتأليفه بدون شواغل أخرى ذات بال ، بينما
المؤلف الذى يضع مؤلفه لطلاب الجامعة في سبيل تلقينهم الحقيقة العلمية ،
يستهلك فوق طاقة المخ وحاسة البصر ، حنجرته كذلك ، ليلقى درسه في
القاعة ويدخل في صراع مع الغباء ليفتح مغاليق الأذهان ، فيبع صوتيه ويتصبب
وجهه عرقاً على مدار الأيام والأسابيع والسنين ، ويمتحن الطلاب كذلك
في دور أو أكثر من دور ، ويصحح إن أمكن أوراق الإجابة على الامتحان ،
ويمتد التصحيح وتوابعه من أعمال الامتحان إلى امتصاص معظم العطلة الصيفية
فيقبل العام الجديد ، ولا يزال الأستاذ يلهث من فرط ركضه في العام السابق
فماذا يراد من أساتذة الجامعات ؟

أبطلب إليهم الإستشهاد وهم على حالم شهباء ؟

عن الجامعات التي لا ترمى إلى الكسب

رأينا أن المادة ٧٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، بعد أن فرضت
الضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، وبعد أن حددت وعاء هذه الضريبة
وبيئت من يخضع لها من الناس ، نصت على أنه «يعنى من أدائها الجامعات
التي لا ترمى إلى الكسب وذلك في حدود نشاطها الإجتماعي أو العلمي
أو الرياضي وكذلك المعاهد التعليمية» .

والمفروض أن هذه الجماعات الممفأة ، يعود عليها من نشاطها عائد نقدي أو إن شئت فقل فائض ، أو مبلغ باق بدون إنفاق ، ومع ذلك يقرر القانون إعفاء هذا المبلغ من الضريبة .

ولم يكن القانون بحاجة إلى تقرير هذا الإعفاء .

فقد كان مفهوماً ضمناً دون حاجة إلى ذكر صريح .

ذلك لأن المبلغ العائد على تلك الجماعات ، مادامت لا ترمى إلى الكسب ، لا يعتبر ، رغم أنه عائد أو فائض ، من قبيل الربح ، وبالتالي لا تستحق عنه ضريبة ، لأن شرط استحقاق الضريبة توافر ما يعتبر ربحاً .

وهذا الذي كان يمكن أن يفهم ضمناً دون ذكر صريح ، يصدق على أى سلوك لا يرمى إلى الكسب ، سواء أكان هذا السلوك منسوباً إلى إنسان فرد ، أو إلى هيئة من الأفراد .

ومع ذلك فقد ذهبت الآراء مذاهب غريبة في تفسير تلك العبارة التي أوردها القانون وكان في غير حاجة إلى إيرادها .

فقبل مثلاً ، وقد ذاع هذا القول وشاع ، إن الجماعات الممفأة ، جمعيات أى هيئات من الأفراد ، وما دام أستاذ الجامعة فرداً لا هيئة ، إنساناً وحيداً لا جمعية من الناس ، فلا يمتد الإعفاء إليه .

وكان هذا هو العجب العجيب .

كما كان هذا — على ما يبدو — أخذنا أعمى عن مصدر أجني ، بلغ فيه النقل حد إلغاء العقل .

فن قال لكم أيها الناس ، ان الجماعات هي بالضرورة جمعيات ؟

صحيح أنه توجد جمعيات لا ترمى إلى الكسب ، وتباشر نشاطاً اجتماعياً ، كلاجيء المعجزة ، أو علمياً ، كالجمعيات الثقافية ، أو رياضياً ، كالأندية

الرياضية ، وأن هذه الجمعيات تحقق من اشتراك المشتركين فيها فائضاً
تقديماً بعد النفقات ، ومع ذلك لا يخضع هذا الفائض للضريبة .

وإنما لم يقصد القانون بالإعفاء تلك الجمعيات دون سواها ، ولا
لاستخدام في تعبيره بكل بساطة لفظ الجمعيات .

فالقانون قد قصد إعفاء «الجماعات» ، ولفظ الجماعات لا يختلط بالجمعيات
وإن كان يطوبها تحت لوائه ويدخلها في مضمونه .

فالجماعات لغة وعقلا ، كما تندرج فيها الجمعيات ، يتسع مضمونها
ليشمل كذلك غير الجمعيات ، وينصرف مدلولها إلى فئات من الناس لها
بحكم طبيعتها وطبيعة السلوك الفردي للأشخاص الداخلين فيها ، طابع مميز ،
هو عدم السعى إلى الربح ، كرجال الدين مثلا .

وفي هذه الحالة لا يقصد بالإعفاء من الضريبة مجموع الفئة ، إذ
لا يتصور أن يكون لهذا المجموع كيان قائم بذاته وقابل لأن ينسب إليه سلوك
مستقل منتج لعائد نقدي ، وإنما يقصد بالإعفاء كل أفراد الفئة منظوراً
إليهم شخصياً واحداً واحداً ، إذ المفروض أنهم بحكم طبيعة عملهم يكونون
جماعة لا ترى إلى الكسب .

فما وضع أستاذ الجامعة من تلك الجماعات ؟

لا شك في أنه هو الآخر ، بحكم طبيعة عمله في البحث العلمي عن
الحقيقة وفي تلقينها إلى طلابه بوسيلة الطباعة ، ينتمي إلى جماعة لا ترى إلى
الكسب هي جماعة أساتذة الجامعة .

والمفروض في الجماعات الوارد ذكرها بنص المادة ٧٧ ، أنها تباشر
نشاطها بصفة مستقلة ، تمشياً مع منطوق المادة ذاتها في تحديد الخاضع للضريبة
بأنه يباشر النشاط بصفة مستقلة .

ورغم أن أستاذ الجامعة ، يعد بحثه العلمي وتسجيله لنتائج هذا البحث ،

عملاً تبعاً لوظيفة عامة هي وظيفة التدريس في الجامعة ، فانه — طبقاً لمنطق القانون في شأن الجماعات التي لا ترمى إلى الكسب والتي تعفى من الضريبة رغم مباشرتها نشاطها بصفة مستقلة — يستحق هو الآخر الإعفاء لذات العلة وهي أن العائد عليه لا يعد ربحاً بل مقابل استهلاك ، وشرط إستحقاق الضريبة بادية ذي بدء هو وجود الكسب من قبل النظر في شرطها الثاني وهو الصفة المستقلة للسلوك المؤدى إلى هذا الكسب .

وبالفعل فان العائد على الجماعات التي لا ترمى إلى الكسب والتي تباشر نشاطها بصفة مستقلة ، إنما أعفى من الضريبة ، لأنه ليس كسباً وإنما مقابل استهلاك ، مثل العائد الذي يصيبه أستاذ الجامعة من مهمته سواء بسواء ، ورغم أن هذه المهمة وهي البحث العلمي وتسجيل نتائجه وتلقيها ، لا تباشر بصفة مستقلة ، وإنما بصفة تبعية لوظيفة التدريس في الجامعة كوظيفة عامة .

كلمة ختامية

إن البحث العلمي عن الحقيقة في سبيل فهمها وإفهامها بوسيلة تعبيرية مطبوعة ، مهمة تفوق الوصف في مشتها ، ينوء بحملها أستاذ الجامعة ، ويندر من بين البشر من يأنس في نفسه استعداداً للنهوض بهذه المهمة ، ومن يقبلها على عاتقه ويصبح من عمال الجامعة ، يجد فيها بحكم طبيعتها هدماً مستمراً لطاقات النفس والجسم .

وإن تلك المهمة ، حتى إذا أنتجت عائداً نقدياً ، يحرم القانون — على ما أوضحنا — إخضاعها للضريبة في هذا العائد ، لأنه عائد لا يعد ربحاً لعدم استهداف الكسب منه ، لاسيما والأستاذ يولف وينشر بقدر محدود يتناسب مع عدد طلابه ، ولأنه لا يعتبر حتى عائداً إلا في الظاهر ، فهو مبلغ نقدي تبقى بدون إنفاق نقدي ، ليس في حقيقة الأمر سوى مقابل استهلاك ، وشرط استحقاق الضريبة على الأرباح غير التجارية هو توافر الربح ، وهو هنا غير متوافر ، كما أن شرط استحقاقها أن يكون السلوك المنتج للكسب بافراض وجود الكسب ، ذا صفة مستقلة ، والكتاب العلمي لأستاذ الجامعة ذو صفة تبعية لوظيفة عامة هي التدريس في الجامعة وبعد

عملاً اضطرارياً بحكم هذه الوظيفة ، كما لا تستحق حتى ضريبة كسب العمل على العائد من تأليف وطبع ونشر ذلك الكتاب للطلاب ، لأنه لا تكافؤ بين هذا العائد وبين الجهد الذى تمخض عنه حتى يقال بأن العائد مرتب أو ماهية أو مكافأة أو أجر ، فهو مقابل استهلاك لا أجر استخدام ، ونتيجة كل ذلك :

أن أستاذ الجامعة ، بالإرادة الصريحة للقانون الضريبى ، لا يخضع لضريبة ما فى المبلغ التقلدى الذى يصله من وراء البحث العلمى وتسجيل نتائج هذا البحث وطبعها ونشرها على الطلاب ، فى حدود عددهم ، وفى حدود المنهج المعهود اليه رسمياً بتلويحه لهم .

ووعاء الضريبة معناه المعين الذى تغترف منه ، ويرجع فى تحديد هذا المعين إلى إرادة القانون ، أى إلى الأوصاف التى رسم بها القانون المعين ذاته وحدده ، ولا ضريبة بدون قانون طبقاً لنص الدستور ، فحيث لا يكون مبلغ ما مطابقاً لأوصاف معين الضريبة على الصورة المرسومة له فى نص القانون ، لا تستحق ضريبة ما على مثل هذا المبلغ .

وأخيراً فإن العلم بالأشياء هو الإمام بحقائقها ، وقد بنت الأمم المحبذة مجدها على العلم ، ويلونه لا تنهض الشعوب .

فعليكم بأولى الأبواب صيانة البحث العلمى من المعوقات وإزالة كل عقبة قد تقف حجر عثرة فى سبيله ، ولو كانت هذه العقبة ضريبة تؤول إلى الخزانة ، لأن ضرر هذه الضريبة بلا محالة يتفوق على نفعها . وبالفعل فإن تلك الصيانة هى مشيئة القانون الضريبى ، والقانون عقل قبل أن يكون لفظاً

ثم التعليق بحمد الله ، والله ولى التوفيق

اصطلاح الأحوال الشخصية

من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء

للمكتوب سحر عبد السيد تنالغو

أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابل في الشريعة الاسلامية أو في القانون الفرنسى . فاصطلاح المعاملات في الشريعة الاسلامية ينصرف إلى الزواج كما ينصرف إلى البيع . والقانون المدني في فرنسا يضم قواعد الزواج والميراث إلى جانب قواعد الالتزامات والحقوق العينية .

أما النظام القانوني في مصر ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية وبين ما يسمى بالأحوال الشخصية . وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الامتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم في جانب كبير من معاملاتهم . وقد زالت الآن كل هذه الاعتبارات ، وأصبح من غير الممكن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية في الأغراض التي نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانوني في مجموعه . وهي مخالفة يقع فيها المشرع ذاته في بعض الأحيان .

والحق أن الاصلاحات التي تمت بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، وتوحيد جهات القضاء ، وتوحيد القانون الواجب التطبيق على المصريين جميعاً في معظم معاملاتهم ، لازالت تنتظر اصلاحاً جديداً يتعلق بنظام الأسرة . والوضع الراهن لنظام الأسرة يستعصى على التعريف ، فلا هو نظام القانون الموحد ، ولا هو نظام الشرائع المتعددة .

وهذا البحث يدعو إلى الكف عن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية وإلى صياغة تشريعية جديدة لنظام الأسرة .

١ - المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية :

بذلت عدة محاولات قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والنتائج التي وصلت إليها هذه المحاولات كلها تقريبية . والسبب في ذلك أنه لا توجد تفرقة حاسمة في معاملات الناس بين المسائل المالية والمسائل الشخصية . وبعض المسائل لها طبيعة مزدوجة كالإيراث مثلاً . ومن ثم ينبغي أخذ التعريفات التي أعطيت على أنها تعبر فقط عن الاتجاه العام للفكرة .

وأول هذه التعريفات صدر عن محكمة النقض في حكم شهير لها في ٢١ يونيو ١٩٣٤ (١) قررت فيه أن «الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكراً أو أنثى . وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . واذن فالوقف والهبة والوصية والتفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانه . فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوى عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها » .

(١) نقض مدني في ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجلة الحاماة ، ص ٨٧ .

ويأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنه لا يخص الأهلية بالذكر ، واعتبرها داخلة ضمن حالة الشخص . مع أن الأهلية متميزة عن الحالة وإن كانت متأثرة بها . ومن ناحية أخرى يؤخذ على التعريف أنه يكاد يرادف بين اصطلاح الحالة وبين اصطلاح الأحوال الشخصية (١) .

وأخيراً ينتقد هذا التعريف لأنه أدخل الوقف والهبة والوصية في الأحوال الشخصية رغم أنها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وذلك تمشياً مع المشرع الذي جعل الاختصاص في هذه المسائل لقضاء الأحوال الشخصية ، وبهذا أخضع تعريف محكمة النقض فكرة الأحوال الشخصية العلمية لقواعد الاختصاص القضائي ، وبهذا فقد هذا التعريف أهميته في أن يكون أساساً علمياً للفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية (٢).

والحق أننا لا نوافق على هذا النقد الأخير لأنه في تقديرنا لا توجد فكرة علمية جامدة لما يسمى بالأحوال الشخصية . ولا يوجد أى أساس علمي للفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية . والمسألة أولاً وأخيراً هي مسألة اختصاص . فالأحوال الشخصية ليست سوى المسائل التي يختص بنظرها قضاء الأحوال الشخصية . ويسرى عليها القانون الشخصي . وقد تكون هناك فكرة تقريبية للفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، ولكن هذه الفكرة لا تعتبر أساساً علمياً دقيقاً للفصل بين طائفتين مستقلتين من معاملات الأفراد .

ولعل لتعريف محكمة النقض فضل في الإشارة إلى هذه الفكرة التقريبية وقوامها المسائل المتعلقة بالشخص مباشرة والمتأثرة بعقيدته الدينية .

ومحكمة النقض لم تفصل عن الموجه العام للفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ولم تقل أن الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية

(١) حامد زكي ، أصول القانون الدول الخاص ، ١٩٤٦ ، ص ١٢١ .

(٢) توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثانية ،

ولكنها قالت أن هذه المسائل هي بحسب الأصل من المسائل العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه أو عدم استحقاقه ومع ذلك فقد اعتبرها المشرع من قبيل الأحوال الشخصية وأعطى الاختصاص فيها للدوائر الأحوال الشخصية لأن هذه المسائل تقوم على فكرة التصديق المنتوب إليه ديانه .

ويستفاد من هذا أن هناك مسائل الأحوال الشخصية ، وهناك مسائل من قبيل الأحوال الشخصية ، وأنه ليست هناك طاقة من المعاملات محددة تحديداً علمياً دقيقاً هي الأحوال الشخصية .

وبعد صدور حكم النقض السابق ذكره حاول المشرع تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين : الأولى في نص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة التي صدرت بعد توقيع اتفاقية منثرو عام ١٩٣٧ وأعطت المحاكم المختلطة الاختصاص في نظر الأحوال الشخصية للأجانب إلى جانب المحاكم القنصلية . والمرة الثانية في نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الذي أعطى الاختصاص للمحاكم الوطنية في نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب . والنص الثاني يكاد يكون منقولاً نقلاً حرفياً من النص الأول ، ولذلك نكتفي بذكره منعاً للتكرار . تنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء على أنه «تشمّل الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة ، المنازعات في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالحطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار ، وتشجيع النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامه والحجر والأذن بالإدارة وبالغيبية واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

والتعريف الذي وضعه المشرع يتفق مع تعريف محكمة النقض في التعبير عن نفس الاتجاه وإن كان أكثر منه تفصيلاً وربما أكثر انضباطاً . غير أن

المشرع بدوره لم يحاول وضع تعريف دقيق لفكرة علمية منضبطة ، ولكنه اشار فقط للمسائل التي يمكن اعتبارها من الأحوال الشخصية . ويوجد هذا النص لم يعد هناك مبرر لأى اجتهاد علمى آخر ، خاصة وأن المسألة لا تتعلق كثيراً بالصياغة العلمية الدقيقة .

والأحوال الشخصية حسب هذا النص تشمل أربع مسائل رئيسية .

١ - المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته .

٢ - نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب إلى غير ذلك .

٣ - الولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغية واعتبار المفقود ميتاً .

٤ - الموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

وقد جاء الوقت الآن للبحث عن الفائدة العملية أو النظرية لجمع هذه المسائل تحت اسم واحد هو الأحوال الشخصية . وسينتهى بنا هذا البحث إلى وضع تقدير نهائى لقيمة هذا الاصطلاح .

٢ - هل هناك فائدة عملية لاصطلاح الأحوال الشخصية ؟ :

كانت لاصطلاح الأحوال الشخصية أهمية عملية فى الماضى بالنسبة للأجانب وبالنسبة المصريين على السواء .

فبالنسبة للأجانب كانت المحاكم القنصلية هى المختصة بنظر أحوالهم الشخصية أما المسائل المالية فكانت المحاكم المختلطة هى المختصة بنظرها (١) ولهذا كان من الأهمية بمكان معرفة ما إذا كان النزاع متعلقاً بالأحوال الشخصية أم بالأحوال العينية لتحديد ما إذا كانت المحكمة المختصة هى المحكمة

(١) المادة التاسعة من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة .

القنصلية أو المحكمة المختطة . وبعد توقيع اتفاقية مونترو وفي فترة الانتقال أصبحت المحاكم المختطة مختصة بنظر الأحوال الشخصية للأجانب إلا إذا كان النزاع يتعلق باتباع دولة وقعت على الاتفاقية واحتفظت لمحاكمها القنصلية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية (١) . وفي هذه الفترة أيضاً بقي هاماً معرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أم لا لتحديد اختصاص المحاكم القنصلية والمحاكم المختطة (٢) .

أما بعد انتهاء فترة الانتقال عام ١٩٤٩ وزوال كل أثر للامتيازات الأجنبية وانتقال الاختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب إلى المحاكم الوطنية التي تستهدي في تحديد القانون الواجب التطبيق بقواعد الاسناد المنصوص عليها في القانون المدني المصري ، فقد زالت كل فائدة عملية لاصطلاح الأحوال الشخصية سواء بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائي أو الاختصاص التشريعي . فبالنسبة للاختصاص القضائي أصبح القاضى الوطنى هو المختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالأجانب سواء تعلقت بالمسائل الشخصية أو المسائل المالية ، فلم تعد هناك أهمية على الإطلاق لمعرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بهذه المسائل أو تلك لأن القاضى الوطنى لا يختص بنظره في جميع الأحوال (٣) .

(١) المادتين ٢٧ ، ٥٦ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختطة عام ١٩٣٧ .

(٢) حاولت المحاكم المختطة في فترة الانتقال بسط اختصاصها في بعض الحالات حل مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم . راجع ، حامد زكى ، ضرورة وضع تشريع تنفيذى لبعض أحكام اتفاقات مونتريه ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ١٩٤٣ ص ٥٩٧ وما بعدها .

(٣) واختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات ذات المنصر الأجنبى يتحدد طبقاً لقواعد الاعتراف القضائى الدولى . وكان المشرع قد نص على هذه القواعد في المادة الثالثة من قانون المرافعات الصادر عام ١٩٤٩ . ولم يشر المشرع في هذا النص إلى الأحوال الشخصية أو الأحوال العائلية بل ترك الحكم عاماً يسرى على هذه المسائل جميعاً دون تفرقة . ولم يكن النص كافياً على أى حال للاحاطة بكل قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية . وقد أصدر المشرع بعد ذلك القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات وفي الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . ونص في الفصل الأول من الباب الأول من هذا الكتاب على « قواعد الاختصاص العام للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية » المواد =

وبالنسبة للاختصاص التشريعي أو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع فإن قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص وهي التي تسمى قواعد تنازع القوانين هي التي تحدد القانون واجب التطبيق . وقد نص المشرع على قواعد الاسناد في المواد (١٠ - ٢٨ من القانون المدني) . والقانون الواجب التطبيق يختلف بحسب نوع العلاقة المعروضة . ولهذا ينبغي تحديد نوع العلاقة تحديداً دقيقاً وهذا التحديد يسمى في القانون الدولي الخاص بالتكييف .

= ٨٥٩-٨٦٧). ونصت الأبواب الأخرى على قواعد الإجراءات الخاصة بنظام الأسرة ، والتركات ، والولاية على المال ، (المواد ٨٩١، ١٠٣٢) .

والكتاب الرابع من قانون المرافعات الذي يحمل اسم الأحوال الشخصية يعتبر مثلاً فريداً على العيب في الصياغة القانونية . فهو قد أُضيف إلى قانون المرافعات ليحل محل الكتاب الخامس من قانون المرافعات المختلط ، والذي الذي يصور قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ باستثناء الباب الخامس منه الخاص بالإجراءات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية . فكان قانون المرافعات الوطني لا يضع حداً نهائياً لآثار الامتيازات الأجنبية . بل حل العكس يبقى عند صوره بعض أحكام قانون المرافعات المختلط ، ثم يستضيف هذه الأحكام بإضافة كتاب رابع إليه يتضمن نصوصاً بعد إدخال مايراه عليها من تعديلات .

وإذا كان الكتاب الرابع في مجموعه يشهد على تخلف آثار الامتيازات الأجنبية في عقلية المشرع المصري بتخصيص قواعد مرافعات للأجانب تختلف عن قواعد المرافعات الخاصة بالوطنيين وهو ما لا مقابل له في قانون أية دولة مستقلة ذات سيادة ، فإن المدبر الوحيد الذي كان يمكن أن يلتصق للمشرع هو أنه عند صوغ قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ ، وعند إضافة الكتاب الرابع إليه سنة ١٩٥١ ، لم تكن هناك قواعد مرافعات موحدة بالنسبة للمصريين أنفسهم ، بل كانت إجراءات التقاضي بالنسبة لهم موزعة بين المحاكم التجارية والمجالس المالية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية . أما الآن فقد زال هذا العزل بالنسبة للمحاكم الشرعية والمجالس المالية وتوحيد جهة التقاضي وإجراءاته بالنسبة للمصريين . ولهذا أصبح من اللازم إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات الذي يخص الأجانب بقواعد غير تلك التي يخضع لها المصريون .

والخلاصة أن الكتاب الرابع من قانون المرافعات يعتبر مثلاً على العيب في الصياغة القانونية حيث يختص الأجانب بقواعد مرافعات غير تلك التي يخضع لها المصريون ، وحيث يضع القواعد العامة للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية تحت اصطلاح الأحوال الشخصية . ولهذا لم يكن قانون المرافعات الجديد لسنة ١٩٦٨ موفقاً في الإبقاء على الكتاب الرابع ، وإن كان قد وفق في النص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في أحكام عامة تسري على المنازعات جميعاً دول اعتدائه بفكره الأحوال الشخصية .

ولا يجدى شيئاً في تكييف العلاقة القانونية القول بأنها من الأحوال الشخصية ، لأن القانون الواجب التطبيق ليس واحداً بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية . فثلاً القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو قانون كل من الزوجين أى الزوج والزوجة (م ١٢) . بينما القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج هو قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وحده وقت الزواج (م ١/١٣) . أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى (م ١/١٣) .

وعلى هذا إذا تزوج انجليزي بفرنسية ثم غير الزوج جنسيته بعد الزواج واكتسب الجنسية الكندية وعرض نزاع بين هذين الزوجين على القاضي المصري فيجب تكييف هذا النزاع تكييفاً دقيقاً لتحديد القانون الواجب التطبيق . فاذا تعلق النزاع بصحة الزواج طبق القاضي القانوني الانجليزي والفرنسي في نفس الوقت ، وإذا تعلق النزاع بآثار الزواج طبق القاضي القانون الانجليزي وحده وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج . وإذا تعلق النزاع بدعوى تطبيق ، طبق القاضي القانون الكندي وهو قانون الزوج وقت رفع الدعوى . ولا يكفي أبداً القول بأن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لأن لهذا الاصطلاح مدلول واسع ولا يعتبره المشرع فكرة مسندة تصلح أساساً لتحديد القانون الواجب التطبيق ، فالقوانين الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية تختلف من مسألة إلى أخرى وقد عني المشرع بتحديد هذا القانون بالنسبة لكل مسألة منها ولم يعد للاصطلاح في عمومه أدنى فائدة في هذا الشأن (١) .

(١) لم يستعمل المشرع اصطلاح الأحوال الشخصية في أي قاعدة من قواعد تنازع القوانين ومع ذلك فجدير بالذكر أنه بالنسبة لقد المبة وهو عقد من العقود المالية التي ينظمها القانون المدني في المواد من ٤٨٦ إلى ٥٠٤ . أنه عند صدور قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩ بعد صدور القانون المدني نصت المادة ١٤ منه على أن تعتبر المبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك . وقد قيل تفسيراً لهذا النص ، أن المشرع المصري خرج فيما يتعلق بالمبة وحلها عن القاعدة العامة في التكييف والتي على أساسها يرجع القاضي إلى =

أما بالنسبة للمصريين فكانت للاصطلاح أهمية في الماضي حيث كانت المحاكم الأهلية تختص فقط بالنظر في المنازعات المالية أما الأحوال الشخصية فكانت تختص بها المحاكم الشرعية والمجالس المالية (١) .

ومن ناحية أخرى لم يكن القانون المدني هو المطبق على المصريين في أحوالهم الشخصية ، وإنما كان القانون المطبق هو القانون الديني أو الشخصي وهو الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم . فكان تعلق النزاع بالأحوال الشخصية يترتب عليه من حيث المبدأ اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية بنظره . ومريان القانون الديني عليه ، فكانت للاصطلاح أهمية في تحديد الاختصاص القضائي والاختصاص القانوني في طائفة كبيرة من معاملات الأفراد .

وبصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية أصبحت المحاكم مختصة بنظر منازعات المصريين في مسائلهم

==قانونه الوطني لتكييف العلاقات المختلفة . (منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، ص ٢٨٢) والواقع أن هذا النص يخلو من عيب كبير في الصياغة القانونية ، لأن التكييف لا يكون إلا بادخال العلاقة موضوع النزاع في فكرة من الأفكار المسندة التي يستند إليها المشرع في قواعد تنازع القوانين ونظرا لأن المشرع لا يستخدم فكرة الأحوال الشخصية كمفكرة مستندة في قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص ، فإن هذا النص سيؤدي حتما إلى الاضطراب في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الحبة ، وقد ظهر هذا الاضطراب فعلا في التساؤلات التي أثارها الفقه حول هذا النص . فما هو القانون الذي يرجع إليه في تحديد ما إذا كانت الحبة من الأحوال الشخصية أم لا ؟ هل هو قانون الواجب أم قانون الموهوب له ؟ وإذا كان هو قانون الواجب ، فهل هو قانون الواجب وقت الحبة أم وقت الوفاة ؟ وإذا تبين حسب القانون الذي يرجع إليه في التكييف ، أي كان هذا القانون ، أن الحبة من الأحوال الشخصية ، فما هو القانون الذي يبرى عليها بعد ذلك ؟ هل هو قانون الواجب أم قانون الموهوب له ؟ وهل هو قانون الواجب وقت الحبة أم وقت الوفاة . كل هذه تساؤلات يحاول الفقه أن يجيب عليها باجتهاد لا يعتمد على النص ذاته . (منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ٢٨٧) . وفي تقديرنا أن هذا النص الذي لازال يعطى قيمة وضعية لاصطلاح الأحوال الشخصية بالنسبة للهبة ، لا يعد أن يكون أثرا من آثار الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء ، كثيره من النصوص الأخرى التي لازالت تستعمل هذا الاصطلاح حتى الآن .

(١) المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية .

المالية وأحوالهم الشخصية على السواء ، واختصاصها بنظر الأحوال الشخصية عام على المصريين جميعاً باختلاف مللهم وطوائفهم . وهذا انتهت كل فائدة عملية في اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي فسواء كان النزاع مالياً أو شخصياً فالمحكمة المختصة هي دائماً نفس المحكمة حتى ولو أخذ بنظام التخصص في هذه المحكمة وما يترتب عليه من تقسيم دوائرها إلى دائرة مدنية أو تجارية أو شخصية ، فهذا تقسيم داخلي لا يثير تنازعا في الاختصاص .

ورغم توحيد جهة الاختصاص القضائي فلم توحيد القواعد الموضوعية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلا زال المبدأ بشأنها هو مبدأ تعدد الشرائع بحسب ديانة أطراف النزاع . وهذا ما تنص عليه المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي تقرر أنه «تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدثي الطائفة والملة الذين لم يلم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم» .

وبحسب الظاهر من هذا النص فإن اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية يترتب عليه تطبيق القانون الديني عليها وهو الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم .

ومع ذلك فهذا النظر ليس صحيحاً وذلك لصدور قوانين موحدة بالنسبة لمعظم مسائل الأحوال الشخصية تسرى على المصريين جميعاً من مسلمين وغير مسلمين ويصدر هذه القوانين انحصار مبدأ تعدد الشرائع في طائفة واحدة من مسائل الأحوال الشخصية هي علاقات الأسرة .

١ - بالنسبة للحالة والأهلية لا يسرى عليها القانون الدينى ، وإنما القانون المدني فى المواد من ٢٩ إلى ٥١ من القانون المدني . فإذا عرض نزاع يتعلق بحالة الشخص أو أهليته وقلنا أن هذا النزاع من الأحوال الشخصية ولذلك يسرى عليه القانون الدينى للشخص فأنتا تقرر حكماً خاطئاً فى القانون . أى أن استخدام فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق ليس له فائدة بالنسبة للحالة والأهلية ، بل أنه يؤدى إلى نتائج تخالف حكم القانون .

٢ - بالنسبة لمسائل الولاية والوصاية والقوامة والحجر والأذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، فهى أيضاً تخضع لقانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وهو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وعلى هذا النحو إذا عرض نزاع يتعلق بمسألة من هذه المسائل ، فلا يصح الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ولا يعتبر الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية عديم الفائدة فحسب ، بل أنه يخالف القانون أيضاً .

٣ - بالنسبة للميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فالقوانين المطبقة عليها موحدة بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين .

وعندما صدر قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروعه التمهيدى «وستطبق هذه الأحكام على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات الخاصة بالميراث أو الوصية» .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن «قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا . على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى» .

ويلاحظ أن قوانين الموارث والوصية مستقاة من الشريعة الإسلامية وأنها تطبق على المصريين جميعاً باعتبارها الشريعة العامة لا باعتبارها قانون دينياً.

والنص السابق ذكره يعطى اختصاصاً تحكيمياً للشرائع الأخرى غير الشريعة الإسلامية إذا اتفق على ذلك جميع الورثة في نظر الشريعة الإسلامية . فكان الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة ثم ينبغى على هؤلاء أن يتفقوا بالإجماع على تطبيق الشريعة الدينية لمورثهم في تحديد الأنصبة فقط ، بفرض أن هذا التحديد يختلف في هذه الشريعة عنه في الشريعة الإسلامية .

وتصور حدوث مثل هذا الاتفاق أمر صعب ، لانه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة هو قدرأ معيناً حسب الشريعة الإسلامية المنطبقة أصلاً ، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيباً أقل .

وإذا حدث ذلك فرضاً فلا يعلو الأمر أن يكون تبرعاً من صاحب النصيب الأكبر إلى غيره من الورثة . وهو تصرف في الحق بعد ثبوته ، ولا يعتبر بحال تطبيقاً للشريعة غير الإسلامية على الميراث ، لأن تحديد شخص الوارث وثبوت حقه في الأثر تقرر بناء على أحكام الشريعة الإسلامية . ويشبه هذا التصرف التخارج ، ولكنه يختلف عنه في أنه من قبيل التبرعات بينما التخارج من المعاوضات . ويشترط لصحة الاتفاق على الاحتكام إلى الشريعة الخاصة في تحديد الأنصبة توافر أهلية التبرع لدى الوارث الذي يضار من إعادة التوزيع على هذا الشكل .

ونظراً لصعوبة حدوث مثل هذا الاتفاق فإن القضاء فيما نعلم لم يعرض عليه اتفاق من هذا النوع . ولكن من ناحية أخرى نظراً لأن المسألة تنتهى في آخر الأمر إلى أنها تقرير لحق الوارث في التبرع بحقه بعد ثبوته ، فلا يحتاج الأمر إلى نص خاص ويكفى فيها القواعد العامة في التبرعات دون حاجة إلى القول بأن هناك تعدداً في الشرائع في مسائل الميراث .

وعند صدور القانون المدني الجديد نصت المادة ٨٧٥ منه على أن :

«تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال الشركة اليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها» ، ونصت المادة ٩١٥ على أنه : «تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها» .

وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني أن قانون الملة «لا ينطبق حتى ولو اتفق الورثة على أن يطبق» (٦ ص ٢٠٥) .

وقد أخذ جانب من الفقه بهذا الرأي على أساس أن نصوص القانون المدني نسخت نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ (١) .

وفي رأي آخر أن نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ يبقى قائماً استثناء من نصوص القانون المدني ، لأن هذه النصوص عامة ، والعام لا ينسخ الخاص ولو كان لاحقاً عليه ، وأن ما جاء بالمذكرة الايضاحية غير ملازم لأنه يعبر فقط عن رأي واضح المذكرة الايضاحية لا عن حكم القانون (٢) .

وفي تقديرنا أن الجدل حول بقاء نص المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٤٤ أو نسخة بمقتضى القانون المدني لا يؤدي إلى شيء ، لأن هذا النص ذاته لم يكن يقرر حكماً خاصاً في تعدد الشرائع بشأن الميراث كما سبق القول ، وكل ما يستفاد منه هو تقرير حق الوارث بمقتضى الشريعة الاسلامية في التصرف في حقه تبرعاً إلى غيره من الورثة ولو سمي هذا احتكاماً لشريعته الدينية . ومثل هذا التبرع جائز بغير نص . فلا أهمية لبقاء هذا النص أو الغائه .

(١) من المراجع التي أشار إليها د. حسن كيرة في أصول القانون ، الطبعة الثانية ص ٢٢٨ هامش ١ : عبد المنعم الشرقاوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٩٩-٢٠٠ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق : ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ ؛ محمد علي عرفه ، أسباب كسب ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٨٥ ، ٣٩٦ م
(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق : توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٠ ؛ أحمد سلامة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثالثة ، ص ٥٥ .

ولذلك نرى أنه فيما يتعلق بالوصية والميراث فإن القانون المطبق هو ما صلب بشأن هذه المسائل من أحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية ، وما تقضى به هذه الشريعة في غير الأحكام المنصوص عليها . ولا يوجد تعدد في الشرائع بشأن الميراث والوصية للأسباب التي نجعلها فيما يلي :

١ - أن هذا التعدد لم يوجد في أى وقت حتى مع وجود نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حسب الشرح السابق .

٢ - أن روح نصوص قانون الموارث وقانون الوصية والقانون المدني تعبر عن الاتجاه نحو وضع قواعد موحدة في هذه المسائل .

٣ - أن تطبيق شريعة غير الشريعة الإسلامية على الميراث فرض نظرى لم يحدث عملاً ، ولا نعرف له مثلاً في القضاء . وفي الحالات التي تعرض فيها القضاء للقانون واجب التطبيق على مسائل الميراث والوصية قطع فيها مبدأ وحدة القانون . وهذا ما تقرره محكمة النقض في حكمها الصادر في أول ابريل عام ١٩٤٣ «أن الموارث عموماً ، ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين وفق قواعد الشريعة القائمة» (مجموعة عمرج ٤ ص ٨٤).

٤ - أن تطبيق الشريعة الدينية على غير المسلمين وما يترتب عليه من تعدد الشرائع ينبغي أن ينحصر في المسائل التي تمس العقيدة الدينية . والتي قد يحرص غير المسلمين على تطبيق شريعتهم الخاصة عليها أخذاً بمبدأ حرية العقيدة . وهى المسائل التي يعبر عنها حكم النقض السابق ذكره بأنها «المواد المذهبية أو الروحية». والميراث يقيّن ليس من هذه المسائل . وبالنسبة للمسيحيين وهم الطائفة الكبرى من غير المسلمين ، لا نعتقد أنه يعينهم كثيراً الاحتكام إلى شريعتهم الخاصة في الميراث . بل أننا نستطيع القول أنه لا توجد لديهم شريعة خاصة في هذا الشأن حتى ولو وجدت أحكام نشأت في أوقات متأخرة تاريخياً .

ويكفى القول للتدليل على هذا ما جاء في الانجيل من أن السيد المسيح رفض أن يقضى في مسألة ميراث ، وقال لمن جاء يحتكم إليه ، أذهب عني من أقامني قاضياً بينكم (١) .

والخلاصة اذن أنه بالنسبة للموارث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، فيسرى عليها قانون موحد بالنسبة للمصريين جميعاً . ولذلك لم يعد مجدياً الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل .

من الاستعراض السابق يتبين أنه بالنسبة للمصريين لم يعد صحيحاً القول بأن الأحوال الشخصية تعدد بشأنها الشرائع ويحكمها القانون الديني بالنسبة للطوائف الدينية المختلفة ، لأن المسائل المعتمدة من الأحوال الشخصية وهي أولاً الحالة والأهلية ، وثانياً الولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وثالثاً الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، أصبحت الآن خاضعة لقوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً دون اعتبار لعقيدتهم الدينية .

ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية خاضعاً للقانون الديني ومبدأ تعدد الشرائع سوى مسائل الأسرة من زواج وطلاق وغير ذلك .

ولهذا السبب لم تعد لفكرة الأحوال الشخصية بما ينطبق عليه هذا الاصطلاح من مسائل ، فائدة عملية في تحديد القانون الواجب التطبيق على أي من هذه المسائل . بل أن استخدام هذه الفكرة لتحديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدي إلى نتائج تخالف حكم القانون . لأنه لو قيل أن مسألة ما تتعلق بالأحوال الشخصية ومن ثم يطبق عليها القانون الديني ، فإن هذا القول يكون غير صحيح بالنسبة للكثير من المسائل .

(١) جاء في الانجيل أن لهم قال المسيح « يا معلم قل لأخي أن يقاسم الميراث فقال له يا إنسان من أقامني عليك قاضياً أو مقسماً » . (انجيل لوقا ، اصحاح ١٢ ، ١٣ ، ١٤) .

وعلى هذا النحو فان اصطلاح الأحوال الشخصية لم يعد صالحاً لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمصريين ، ورأينا كذلك أنه غير صالح لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجانب . أما تحديد الاختصاص القضائي فلا حاجة فيه إلى هذه الفكرة أيضاً ، لأن المحاكم المختصة واحدة بالنسبة لجميع المصريين وكذلك بالنسبة للأجانب في جميع المعاملات .

٣ - القيمة الفنية لاصطلاح الأحوال الشخصية :

تقوم الصياغة القانونية على تسميات واصطلاحات وطوائف قانونية . وقد تشابه النظم القانونية في جوهرها من حيث قيامها على فكرة العدل . ولكنها تختلف في وسائل صياغتها . والصياغة القانونية هي وسيلة التعبير عن جوهر القانون بما يؤدي إلى تطبيقه على خير وجه . والصياغة ليست لها قيمة في ذاتها وإنما هي وسيلة لتحديد قيمتها بحسب الفائدة منها . ولهذا فان وسائل الصياغة يلحقها التغير والتبديل دائماً استجابة إلى قانون التطور . والتطور يلحق القانون في جوهره - لا في فكرة العدل ذاتها ولكن في انطباعات الانسان عن العدل - ويلحق القانون في وسائله للتعبير عن هذه الانطباعات . والمقصود بكل هذا الاشارة إلى القيمة النسبية لوسائل الصياغة القانونية .

واصطلاح الأحوال الشخصية نوع من الصياغة القانونية باعتباره يضم مجموعة من علاقات الأفراد ومعاملاتهم تحت اسم واحد .

وقد رأينا أنه كانت لهذا الاصطلاح فائدة عملية في الماضي لتحديد اختصاص المحاكم القضائية والمحاكم المختلطة بالنسبة للأجانب ، وكذلك لتحديد اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المليية بالنسبة للمصريين ولتحديد الشريعة الواجبة التطبيق عليهم . لهذا كان هناك ما يبرر الإبقاء على هذا الاصطلاح ، ومحاولة القضاء بل والمشرع في تحديد المقصود به .

أما في الوقت الحاضر فقد أصبح هذا الاصطلاح عديم الفائدة في تحديد الاختصاص القضائي أو القانون الواجب التطبيق بالنسبة لأي شخص أو أي

نزاع ، بل أن الالتجاء إلى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمصريين يؤدي كما رأينا إلى نتائج مخالفة للقانون .

ولذا يجب التنبيه إلى أنه لم يعد من الجائز استعمال اصطلاح الأحوال الشخصية في أى غرض من الأغراض التي وجد هذا الاصطلاح للتعبير عنها في فترة التطور القانوني التي شهدت المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحامس المالية ، ثم الغاء هذه المحاكم جميعاً .

ويشور التساؤل الآن عما إذا كانت هناك فائدة عملية جديدة أو حتى فائدة نظرية مدرسية تبرر الإبقاء على هذا الاصطلاح (١)

(١) الأهمية العملية التي كانت لاصلاح الأحوال الشخصية في ظل الامتيازات الأجنبية وتمدد جهات القضاء دعت الأستاذ حسن بنداى إلى تخصيص رسالة الدكتوراه لبحت الأساس الفني للفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية .

Hassan A. Baghdadi origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte, thèse, Le Caire, 1937.

وقد خصص المؤلف الجزء الأول من رسالته لدراسة نظرية الأحوال (القوانين) عند الحسين من فقهاء المدرسة الايطالية وتأثير هذه النظرية على القانون الفرنسى والقانون الايطالى وكذلك لدراسة القاعدة المقررة في الشريعة الاسلامية من ترك غير المسلمين وشأنهم في مسائل الزواج والخمر ولم يختار حل خلاف مبدأ اقلية القوانين في هذه الشريعة .

أما الجزء الثانى من الرسالة فقد خصصه المؤلف لدراسة التفرقة في القانون الوضعى المصرى حل ضوء القوانين المختلطة والأهلية المطبقة في ذلك الوقت (المواد من القانون الملى المختلط ، ٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية والأحكام القضائية المطبقة بهذه الخصوص) .

وبعد الجهد الكبير الذى بذله المؤلف في البحث عن أساس فنى لاصطلاح الأحوال الشخصية والأحوال العينية فإن النتيجة كانت مع ذلك سلبية مما دهاه إلى رفض هذه الاصطلاحات باعتبارها مضللة وخطيئة للأمل .

(étiquette trompeuse ... facade décevante) P. III.

وهو يدعو الفقه والقضاء إلى التخلص من هذه الاصطلاحات .

il serait, certes, souhaitable que la doctrine et la jurisprudence se décident à répudier ces termes archaïques et faussés de (statuts personne et réel, termes qui nous ont valu un passé fécond en déviations et divergences) p. 373.

إذا رجعنا إلى الفقه الاسلامي ، وهو فقه بلغت تفسياته درجة عالية من الدقة في الصياغة ، كما أنه عني من حيث الموضوع عناية بالغة بالموضوعات التي تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية كالميراث والزواج والطلاق الخ . ولو كان هذا الفقه قد استشعر أن لهذه المسائل طبيعة خاصة تميزها عن غيرها لابتدع بسهولة اصطلاحاً يجمعها ويعبر عنها . ومع ذلك فالفقه الاسلامي لم يفرق بين الزواج والطلاق وبين البيع والايجار ، واعتبر كل هذه المسائل داخلة في باب واحد هو باب المعاملات (١) . وهذا نظر صحيح لأن علاقات الأفراد لا تختلف في طبيعتها سواء تعلقت بالشخص أو بالمال .

والقانون الفرنسي لا يختلف فهمه عن الشريعة الاسلامية .. فالقانون المدني يشمل القواعد المتعلقة بالالتزامات والحقوق العينية وكذلك القواعد المتعلقة بالحالة والأهلية والزواج والميراث .. إلى غير ذلك من المسائل

غير أنه وجد في القانون الفرنسي وفي كتب الفقه تقسيماً نظرياً للمسائل المتعلقة بالأشخاص والمسائل المتعلقة بالحقوق المالية . وفي المسائل المتعلقة بالأشخاص تدرس الشخصية القانونية ، الطبيعية والاعتبارية وكذلك الحالة والأهلية ونظام الأسرة والولاية على النفس والمال . أما الميراث فالغالب أنه يدرس مع الحقوق المالية باعتباره من أسباب كسبها .

= وفي آخر مرحلة من رسالته يجدر المؤلف من أتمام هذه الاصطلاحات في صياغة النصوص التشريعية

Mais, qu'on se garde de laisser glisser dans les textes législatifs les termes de (statuts personnel et réel) qui ne sauraient servir qu'à évoquer les souvenirs d'une confusion des plus déplorables et de plus déroutantes) p. 376

وقد جاءت دعوة الدكتور حسن يندادى إلى التخلص من اصطلاحات الأحوال الشخصية والأحوال العينية في وقت كان النظام القانوني في مصر يعتمد إلى حد كبير هذه الاصطلاحات ذاتها . أما الآن وبعد زوال الامتيازات الأجنبية وتوحيد جهات القضاء وتوحيد القوانين فإن الدعوة إلى الكف من استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية أصبحت أمراً طبيعياً بل لازماً .

(١) محمد عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، الطبعة الرابعة من

غير أن هذا التقسيم النظرى لا يمس في شيء وحدة القانون المدنى وشمول قواعده لاحكام العلاقات المالية والشخصية على السواء . ولا ترتب عليه نتائج عملية أكثر من تبويب فصول التقنين المدنى أو كتب الفقه .

وقد يغرى منهج الشريعة الاسلامية والقانون الفرنسى بالتقليد وذلك بالتطلع إلى وضع مجموعة مدنية شاملة تضم القواعد المتعلقة بالأموال والأشخاص على السواء فالحقوق المالية لا وجود لها بدون شخص تنسب اليه هو صاحب الحق . ومن ناحية أخرى فان العلاقات الشخصية تحدث أثراً في اكتساب الحقوق المالية . ولهذا فان بعض المسائل كالميراث لا تنفصل فيها فكرة الشخص عن فكرة المال .

وفى تقديرنا أنه وان كانت المسائل المتعلقة بالأشخاص هي من صميم القانون المدنى ولا يمكن اعتبارها غير ذلك ، إلا أننا لا نرى مبرراً ملحاً في اصدار مجموعة شاملة للقانون المدنى على النحو السابق ذكره . ولا نرى مانعاً أن تبقى بعض المسائل المتعلقة بالأشخاص منظمة بقوانين خاصة .

والواقع أن اعتبار مسألة ما من مسائل القانون المدنى لا يعنى بالضرورة وجود النصوص المنظمة لهذه المسألة في التقنين المدنى ذاته . وفى العصر الحديث بصفة خاصة حيث تشابكت العلاقات وتوعدت أصبح من اللازم وضع القواعد التفصيلية لبعض مسائل القانون المدنى في قوانين مستقلة عن التقنين ذاته وان كانت ترجع اليه في آخر الأمر . والمثال على ذلك واضح في القوانين المنظمة لعلاقات العمل والتأمين والإيجار . وهذه المسائل كلها من موضوعات القانون المدنى ، وفيه النص على قواعدها العامة ، ومع ذلك دعت الحاجة إلى تنظيمها بقوانين مستقلة .

ولو فعلنا غير ذلك لتضخم التقنين المدنى بالقواعد التفصيلية دون مبرر .

ويصدق نفس النظر على المسائل المتعلقة بالأشخاص . فقد نص القانون المدنى في الفصل الثانى من الباب التمهيدى (المواد ٢٩ - ٨٠) على النظرية العامة في الأشخاص ، نظم فيها بشيء من التفصيل قواعد القرابة ودرجتها

والأهلية وكذلك الأشخاص الاعتبارية . ورأى المشرع بحق أن يحيل في مسائل أخرى إلى قوانين خاصة . فأحال في الجنسية وهي حالة الأشخاص السياسية إلى قانون خاص هو قانون الجنسية (م ٣٣) . وأحال في شأن المفقود والغائب إلى القوانين الخاصة أو الشريعة الإسلامية (م ٣٢) . وأحال في أحكام الولاية والوصاية والقوامة إلى القوانين الخاصة التي تصدر في هذا الشأن (م ٤٧) . وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ السابق الإشارة إليه . وفي المواد ٨٧٥ ، ٩١٥ أحال إلى القوانين الخاصة المنظمة للميراث والوصية .

ويلاحظ أن اصطلاح الأشخاص في القانون المدني الجديد يختلف عن اصطلاح الأحوال الشخصية ، لأن الأول يتعلق بالشخص باعتباره صاحب الحق وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، أما الثاني فيتعلق بالإنسان فقط أى الشخص الطبيعي وينصرف إلى المسائل التي تمس أصلاً عقيدته الدينية أو شخصه مباشرة وما يستدعيه هذا من رغبة تعدد القضاء أو القانون .

ولذا بقى أى مبرر نظرى للاحتفاظ باصطلاح خاص للعلاقات التي تمس الشخص فلا يكون هذا الا بالمعنى الموجود في القانون المدني ، لا بالمعنى الذي قام عليه تعدد جهات القضاء وزالت مبرراته الآن .

وتنظيم المسائل المتعلقة بالأشخاص يجوز أو يحسن أن يخضع لقوانين مستقلة عن التقنين المدني مع بقاء هذه القوانين تابعة للقانون المدني على أساس أن العلاقة محل التنظيم هي علاقة مدنية .

ومن ثم لا نرى مبرراً لادماج قانون الولاية والوصاية والقوامة أو قانون الموارث أو قانون الوصية في التقنين المدني .

غير أن بقاء هذه القوانين المستقلة لا يجوز أن يوحى بحال إلى فكرة تجميعها في مجموعة واحدة يطلق عليها اسم قانون الأشخاص فمثل هذا لا يؤدي إلى التوحيد بل إلى فصل القواعد المتعلقة بالأشخاص عن القانون

المدنى ، ويتعارض مع النظر الصحيح في اعتبار القانون المدنى شاملا لقواعد الأموال والأشخاص على السواء .

ولهذا فان المنهج الصحيح الذى تؤيده هو منهج القانون المدنى الحالى ، وهو اعتبار أن قواعد الأشخاص من موضوعات القانون المدنى ، والنص على أصولها العاملة فى الباب التمهيدى للقانون ، مع الاحالة فى موضوعاتها المختلفة إلى قوانين خاصة . على أن يكون مفهوماً أن اصطلاح الأشخاص فى القانون المدنى يعبر عن فكرة الشخص القانونى أو الشخصية القانونية . ويقوم على أساس نظرى فى التفرقة بين الشخص والمال ، وليس على اعتبار تعدد جهات القضاء ، أو تعدد الشرائع كما هو الأمر بالنسبة لاصطلاح الأحوال الشخصية .

ولذلك إذا كان من الجائز حتى الآن جمع العلاقات المتعلقة بالأشخاص تحت اسم واحد فيكون هذا الاسم هو اصطلاح الأشخاص المعروف فى القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى ، لا اصطلاح الأحوال الشخصية الذى كانت له أهمية عملية فى الماضى ثم أصبح لا يعبر عن شىء فى الوقت الحاضر .

والخلاصة أنه لم تعد هناك فائدة عملية أو قيمة فنية لاصطلاح الأحوال الشخصية وأنه أصبح من اللازم استبداله باصطلاح الأشخاص بالمعنى المقصود به فى القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى ، باعتباره أحد أبواب القانون المدنى ذاته .

٤ - المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

تنص المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه :

« بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدثى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصلى الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقاً لتشريعهم »

وهذا النص يفترض أن الشرائع تتعدد في مصر بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، ويضع قاعدة لتحديد الشريعة واجبة التطبيق .

وتعتبر صياغة النص على هذا النحو معيبة لأن القانون أصبح موحداً . كما سبق أن أوضحنا ذلك ، في معظم مسائل الأحوال الشخصية ، ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية دون توحيد سوى علاقات الأسرة .

فالذا طبقنا نص المادة السادسة تطبيقاً حرفياً ، أدى ذلك إلى تطبيق الشرائع الدينية المختلفة على مسائل توجد بالنسبة لها قوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وهو ما يخالف النظام القانوني في مجموعه .

ولهذا ينبغي أن يؤخذ النص السابق على أنه يضع قاعدة لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق على علاقات الأسرة فقط وهي التي لم يصدر بشأنها قانون موحد ، وليس على مسائل الأحوال الشخصية في مجموعها .

وطبقاً لهذا النص فإن غير المسلمين تسرى عليهم شريعتهم الدينية إذا كانت لهم جهة قضائية معترف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، واتخذ الخصوم في الديانة والملة والطائفة ، ولم تعارض أحكام شريعتهم مع النظام العام في مصر .

والوقت الذي يعتد فيه باتحاد الديانة والملة والطائفة ، هو وقت رفع الدعوى . ولا يعتد بأي تغيير لاحق على رفع الدعوى إلا إذا كان إلى الاسلام (م ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

وعلى هذا النحو فإن زواج المسيحيين - وقد انحصر في هؤلاء اصطلاح غير المسلمين ، لانعدام وجود اليهود بمصر تقريباً في الوقت الحاضر - ينخفض إذا تحققت الشروط السابق ذكرها لاحكام الشريعة المسيحية ، بحسب الملة والطائفة التي يتبعها أطراف النزاع .

ولكن اذا تخلف أحد هذه الشروط ، وهو ما يحدث كثيراً في الواقع لأن المسيحيين لا يراعون كثيراً في زواجهم شروط الاتحاد في الملة والطائفة . فان الشريعة المسيحية لا تطبق ، بل تطبق الشريعة الاسلامية .

فاذا كان الزوج أرثوذكسياً والزوجة بروتستنتية بما يتحقق معه الاختلاف في الملة ، أو إذا كان الزوج قبطياً أرثوذكسياً ، وكانت الزوجة من الروم الارثوذكس بما يتحقق معه الاختلاف في الطائفة ، حتى للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة كما يفعل الزوج المسلم ، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، وعلى خلاف ما هو مقرر في كل المذاهب المسيحية لأن الشريعة الاسلامية هي التي تسرى في هذه الحالة (١) .

وأكثر من ذلك من الممكن أن يتزوج الرجل المسيحي أكثر من امرأة وتعدد زوجاته في الحدود المسموح بها في الشريعة الاسلامية ، إذا تزوج من غير ملته أو طائفته .

ويعتبر الزواج الثاني صحيحاً لأن الشريعة الواجبة التطبيق هي الشريعة الاسلامية ، وكما يجوز للمسلم أن يتزوج أكثر من امرأة واحدة يجوز للمسيحي بتطبيق الشريعة الإسلامية عليه أن يتزوج أكثر من واحدة .

ويخلص مما سبق أن زواج المسيحيين في مصر تسرى عليه الشريعة المسيحية بالنسبة لبعضهم ، وتسرى عليه الشريعة الاسلامية بالنسبة للبعض الآخر .

(١) حسب التفسير الذي أعطته محكمة النقض لنص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهو نص لا زال حكمه قائماً حتى الآن ، وهو يقرر عدم سماح « دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » ، أن المقصود به هم الكاثوليك وحدهم ، أما إذا لم يكن أحد الزوجين كاثوليكياً ، جاز للزوج المسيحي أن يطلق زوجته المسيحية بإرادته المنفردة حسب أحكام الشريعة الاسلامية إذا اختلف الزوجان في الطائفة أو الملة . ويتحقق هذا في الأمثلة التي ذكرناها في المتن . (أنظر ثلاثة أحكام لمحكمة النقض مجلدة ٦ فبراير ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٤ ، ٢١٠ وما بعدها) .

٥ - الحاجة إلى صياغة تشريعية جديدة :

يظهر من الاستعراض السابق أن الأمر يحتاج إلى اصلاح ، وهو اصلاح يتعلق بالصياغة أساساً . فالقانون يتكون من جوهر وشكل حسب تعبير أرسطو ، أو من علم وصياغة حسب تعبير «جنى» ، أو من سياسة قانونية وصياغة قانونية ، حسب تعبير «دبان» . ورجل القانون لا يكون له اختصاص أصيل الا بالنسبة لشكل القانون وصياغته ، أما بالنسبة لجوهر القانون فلا يزيد دوره على دور المواطن العادى .

وإذا كان جوهر القانون هو العدل ، أو هو انطباعات الانسان عن العدل حسب ما تمليه حقائق الحياة الطبيعية والتاريخية والعقلية في مجتمع معين ، أو هو فكرة العدل كما ينتهى إليها الصراع السياسى والاقتصادى والاجتماعى لكل قوى المجتمع ، فان دور رجل القانون في هذا الصراع لا يتخطى دور المواطن العادى ، ورجل القانون من حقه بطبيعة الحال أن يدافع عن بعض الأفكار الاجتماعية أو السياسة أو الاقتصادية وأن يطالب بترجمتها في صورة قانون من قوانين الدولة ، ولكنه لا يفعل ذلك بما له من خبرة ودراسة قانونية ، ولكن بما له من حق المواطن في كل مجتمع سياسى منظم ، ولهذا فهو لا يدعى على غيره امتيازاً في هذا المجال .

أما إذا انتهى تفاعل القوى المختلفة إلى فكرة معينة تمثل جوهر القانون في المجتمع ، وأنه لا بد من التعبير عنها في قاعدة قانونية ، فهنا تظهر الحاجة إلى رجل القانون ، ويظهر اختصاصه الأصلى الذى لا يشاركه فيه المواطن العادى .

واختصاص رجل القانون هو التعبير عن جوهر القانون في قاعدة قانونية . والتعبير عن جوهر القانون أو ترجمته في قاعدة تشريعية ، هو ما يسمى بالصياغة القانونية ، وهى تحتاج إلى خبرة ودراسة .

والصياغة القانونية الناجحة هى التى تعبر بصدق عن جوهر القانون ،

ولا نخون قصد المشرع . وبقدر المطابقة بين الفكرة التي سادت في المجتمع ، وبين القاعدة التي أعلنت للتعبير عنها ، بقدر ما تكون الصياغة ناجحة .

ونحن إذ نطالب باصلاح تشريعى فى قانون الأسرة ، فطالبتنا تتعلق أساساً بصياغة النصوص وهو المجال الوحيد لتخصصنا .

والصياغة الحالية معيبة لأنها لا تعبر عن جوهر القانون ، ولا تكشف عن قصد المشرع بالنسبة لنظام الأسرة .

ويكفى للتدليل على أن الصياغة الحالية لا تكشف عن قصد المشرع ، التساؤل عما إذا كان المشرع قد قصد التوحيد بحيث تطبق شريعة واحدة هى الشريعة الإسلامية على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، أم أنه أراد التعدد بحيث تسرى على كل طائفة دينية شريعته الخاصة . ودراسة النصوص الموجودة لا تعطى جواباً أكيداً على هذا التساؤل . فالنصوص الحالية لا تقيم نظاماً موحداً ، وفى نفس الوقت هى لا تأخذ بالتعدد .

النصوص الحالية لا تتعدد فيها الشرائع بحسب الديانة ، بحيث تسرى على كل طائفة دينية أحكام شريعته الخاصة ، لأنه لو أراد المشرع ذلك لما وضع نصوصاً تؤدى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على زواج المسيحيين فى كثير من الحالات . وقد رأينا أن الزوج المسيحي حسب النصوص الموجودة يستطيع أن يطلق زوجته بإرادته المفردة كما يفعل المسلمون حسب شريعتهم رغم أن شريعته أو شريعة زوجته لا تعرف مثل هذا الطلاق . ورأينا أن منطق النصوص يسمح للزوج المسيحي بأن يتزوج مرة أخرى فتتعدد زوجاته لا فرق بينه وبين الزوج المسلم وتطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين بهذا الشكل يحدث على نطاق واسع لأنه معلق بأمر بسيط يحدث كثيراً فى العمل وهو اختلاف الطائفة أو الملة ، حيث لا يراعى المسيحيون فى زواجهم اتحاد الطائفة والملة ، وحيث يجوز تغيير الطائفة أو الملة إذا دعى الأمر إلى ذلك .

ولهذا ليس صحيحاً القول بأن المسيحيين يخضعون لشريعتهم الخاصة في علاقات الأسرة لأنهم يخضعون في الواقع للشرعة الاسلامية ، وعلى نطاق واسع ، وفي المسائل التي تختلف فيها شريعتهم اختلافاً جوهرياً مع الشرعة الاسلامية .

وبناء على ذلك فليس صحيحاً القول بأن نظام الأسرة تعدد بشأنه الشرائع وأن كل طائفة دينية تسمى عليها شريعته الخاصة .

ومن ناحية أخرى ليس صحيحاً القول بأن نظام الأسرة تحكمه شرعية واحدة هي الشرعة الاسلامية . فتسرى على المسلمين وعلى غيرهم ، لأنه بحسب ظاهر النصوص فإن غير المسلمين تسرى عليهم شريعتهم الدينية إذا توافرت شروط معينة ، وهي شروط تتوافر في العمل مما يؤدي إلى تطبيق الشرائع الخاصة على غير المسلمين فعلاً .

ولذلك لا تؤدي النصوص إلى تعريف النظام الذي اراده المشرع وهل هو تعدد الشرائع أم شرعية واحدة وهي الشرعة الاسلامية .

والنصوص الموجودة ترسم صورة يبدو فيها المشرع وقد وضع نظاماً متعدد فيه الشرائع في الظاهر ، ولكن تسرى شرعية واحدة هي الشرعة الاسلامية على جميع المصريين كلما أمكن ذلك . والنصوص الموجودة التي أوحى إلى الفقه بالقول بأن الشرائع غير الاسلامية تطبق بصفة استثنائية وأنه إذا لم تتوافر شروط تطبيقها ، طبقت الشرعة الاسلامية على غير المسلمين باعتبارها شرعية القانون العام .

ولكن ما هي الصفة الاستثنائية التي دعت إلى تطبيق شرعية غير المسلمين عليهم ؟ هل يمثل غير المسلمين قوة اجتماعية أو سياسية كالأجانب في عهد الامتيازات أجبرت المشرع على استثنائهم من شرعية القانون العام في الظاهر مع تطبيق هذه الشرعية عليهم كلما وجد إلى ذلك سبيلاً ؟

الاجابة على هذا السؤال هي النفي بالتأكيد ، فالمشرع لم يضطر لأى سبب اجتماعى أو سياسى أن يستثنى غير المسلمين من شريعة القانون العام ، لأنه لو أراد أن يطبق عليهم الشريعة الاسلامية ما وقف في وجهه عائق . ولكن الصحيح أنه أراد أن يطبق على غير المسلمين شريعتهم الخاصة بصفة أصلية ، ولكن النصوص خانت أرائه بما يوحى بأن شريعة غير المسلمين تطبق استثناء من شريعة القانون العام ولا تسرى بصفة أصلية .

ولكن ربما يقال أن الصعوبة التى واجهت المشرع ليست سياسية أو اجتماعية ولكنها فنية ، لأنه عند اختلاف الطائفة أو الملة فأى الشريعتين تسرى ، شريعة الزوج أم الزوجة ؟ وتلافياً لهذه الصعوبة الفنية قرر المشرع سريان الشريعة الاسلامية كلما اختلف الخصوم ملة أو طائفة . ولكن هذه الصعوبة المقول عنها لا وجود لها حقيقة ، وكان المشرع يستطيع أن يستعين بقواعد القانون الدولى الخاص التى تواجه فروضاً مشابهة يختلف فيه الزوجان فى الجنسية ، ولم يقرر القانون الدولى الخاص فى مثل هذه الحالة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى مع تجاهل قانون الزوجين (١) . ولكنه جعل القانون الواجب التطبيق هو قانون كل من الزوجين إذا تعلق الأمر بالشروط الموضوعية لصحة الزواج ، وقانون الزوج فيما يتعلق بأثر الزواج ، وقانون الزوج وقت الطلاق فيما يتعلق بالطلاق ، وقانون الزوج وقت رفع الدعوى فيما يتعلق بالتطليق أو التفريق . وكان من الممكن نقل هذه الأحكام حرفياً ، فى التنازع الداخلى عند اختلاف الخصوم فى الملة أو الطائفة ، أى أنه بكل وضوح لم تكن هناك صعوبة فنية أضطرت المشرع إلى تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين عند اختلافهم فى الملة أو الطائفة . والواقع أنه لم تكن هناك صعوبة سياسية أو اجتماعية ، ولم تكن هناك صعوبة فنية قانونية ، اضطرت المشرع إلى وضع نصوص تسمح

(١) الاختلاف فى الملة أو الطائفة يعنى أن هناك تنازعا بين شريعتين مختلفتين . وحل هذا التنازع يكون بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق بين الشريعتين المتنازعتين ، وليس باستبعادهما ، وتطبيق شريعة ثالثة لا يرتبط بها النزاع أو أطرافه بأية حلاقة .

بالقول بأن الشرائع تتعدد في الظاهر ولكن هناك شريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية تسرى في حالات كثيرة على المسلمين وغيرهم ، أو تسمح بالقول بأن الشرائع تتعدد ولكنها رغم تعددها لا تطبق بصفة أصلية ولكن بصفة استثنائية .

والصحيح القول بأن النصوص الموجودة معينة لأنها لا تكشف عن قصد المشرع ولا تقيم نظاماً يمكن تعريفه . ولهذا لا بد من وضع نصوص جديدة تزيل هذا العيب وتكشف بوضوح عن سياسة المشرع في هذا الشأن وهل هي التعدد أو التوحيد .

والاختيار بين التعدد والتوحيد أمر متعلق بجوهر القانون وسياسة التشريع ولذلك يترك الأمر فيه للإرادة التشريعية، وليست هناك أهمية لرأينا الشخصي في هذا الاختيار لأن أى رأى نبديه لا يستمد قيمته من تخصصنا القانوني ولا يرجع لهذا السبب رأى المواطن العادى ، ولكننا ننبه فقط إلى أنه من وجهة الصياغة القانونية فلا تفاضل بين التوحيد والتعدد متى استقرت إرادة المشرع على أى منها .

والغالب ان ارادة المشرع تتأثر في هذا الموضوع باعتبارات اجتماعية بحيث ، فليست هناك اعتبارات عقلية أو مثالية تؤثر في الاختيار بين التعدد والتوحيد .

والسألة لا تعلق أن تكون معرفة اتجاه المجتمع المصرى في هذا الشأن ، وهل هو راغب في التوحيد أم متمسك بالتعدد ، مع ملاحظة أن التوحيد سيؤدى ضرورة إلى الابتعاد عن بعض أحكام الدين في علاقات الأسرة ، وهذا أمر حتمى لاننا إذا أردنا وضع قانون موحد يسرى على المصريين جميعاً رغم اختلافهم في الديانة فلن يكون ذلك الا بالتجاوز عن بعض أحكام الأديان المختلفة في سبيل الوصول إلى قواعد مشتركة .

ولذلك فالسألة هي معرفة ما إذا كان المجتمع المصرى قد وصل إلى درجة يريد فيها تنظيم الأسرة دون تقيد أساسى بأحكام الدين أم لا ،

وهناك مجتمعات أخرى كثيرة لعلها أكثر المجتمعات في العالم الآن ، لا تتقيد فيها أحكام الأسرة بأحكام الدين ، ويكفى في هذا الإشارة إلى الدول الأوروبية والأمريكية .

ولكن عدم التقيد بأحكام الدين لا يعنى التناكر لهذه الأحكام ووضع قواعد هدفها تحطيم الفكرة الدينية للزواج والأسرة . فهذا غير متصور الا في المجتمعات التي تعمل على هدم الأديان صراحة . أما في الدول الأوروبية والأمريكية فان المشرع اعتبر تنظيم الأسرة مسألة قانونية تقوم قواعدها على أساس اجتماعي وعقلي ولو تعارض هذا مع بعض أحكام الدين . لأنه ليست من وظيفة المشرع دائماً أن يجبر الناس على طاعة دينهم ، بل ترك لهم حرية ذلك إذا أرادوا بحكم من ضميرهم .

وإذا افترضنا أن المجتمع المصري يريد الآن قانوناً موحداً لأحكام الأسرة يسرى على المصريين جميعاً فهنا يظهر دور رجل القانون من جديد لمساعدة المشرع على وضع الصياغة القانونية التي تعبر عن هذا الاتجاه .

٦ - الصياغة القانونية للتوحيد :

من الممكن وضع قواعد موحدة لنظام الأسرة بطريقتين مختلفتين :

الأولى أن نوضع قواعد تؤخذ من الفكرة العقلية لنظام الزواج ، ومن التجربة المصرية في علاقات الأسرة ، مع الاستهداء بالقواعد المشتركة التي نصت عليها الأديان المختلفة ومثل هذه القواعد ستؤدى إلى التضيعة ببعض الأحكام الدينية سواء في الشريعة الاسلامية أو في الشرائع الأخرى . والملاحظ الرئيسية لهذا النظام ستكون غالباً في جعل الزواج من حيث انعقاده عقداً مدنياً خالصاً لا ضرورة فيه لتدخل كاهن أو لعمل طقوس دينية خاصة ، وفي هذا تجاوز عن أحكام الشرائع المسيحية التي تعتبر الزواج سرّاً مقدساً لا يتم بغير كاهن وبغير طقوس دينية ، واقتراب من أحكام الشريعة الاسلامية في هذا الشأن .

وسيسمح في هذا النظام بتعدد الزوجات ولكن مع تقييده بأن يكون باذن من القاضي . وسيسمح فيه كذلك بالطلاق مع تقييده بأن يكون أيضاً باذن من القاضي ، وفي هذه الأحكام تتجاوز عن أحكام الشريعة الإسلامية حيث لا يتقيد فيها تعدد الزوجات أو الطلاق باذن من القاضي ، وتتجاوز أيضاً للشرائع المسيحية حيث لا يسمح فيها بتعدد الزوجات أصلاً ، ولا يسمح بعضها بالطلاق ولو باذن القاضي .

أما الطريقة الثانية فهي تطبيق الشريعة الإسلامية على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين ، وفي هذه الحالة ستكون أحكام الأسرة دينية وليست عقلية ، ولن يتغير فيها الأمر شيئاً بالنسبة للمسلمين ، أما بالنسبة لغيرهم فستطبق عليهم أحكام دين آخر غير دينهم . ولا توجد طرق أخرى للتوحيد غير هاتين الطريقتين .

ولإذا أردنا أن نعرف رأى المجتمع المصرى فى التوحيد بطريقتيه فالغالب اننا سنخرج بنتيجة سلبية . والسبب فى ذلك أن المجتمع المصرى يتمسك بأحكام دينه ويريد الاحتفاظ بالدين كأساس للزواج والأسرة .

فالطريقة الأولى للتوحيد تغضب المسلمين لأنها تقيد حقهم الدينى فى تعدد الزوجات وفى الطلاق ، وتغضب غير المسلمين ، لأنها تتجاوز عن المراسم الدينية اللازمة لصحة الزواج وتسمح بتعدد الزوجات .

أما الطريقة الثانية فهي لا ترضى غير المسلمين لأن الأسرة لن تنظمها أحكام عقلية وغير دينية فحسب ، ولكن أحكاماً دينية مستمدة من دين آخر غير دينهم ، وفى هذا الزامهم بممارسة غير دينهم فى زواجهم . وهذا مالا يرضى المسلمين بدورهم ، لأن شريعتهم تقوم على التسامح ولا يجبر على ممارستها من يدين بدين آخر غير الاسلام .

ولهذا يمكن القول أن المجتمع المصرى يرفض التعدد بصورتيه وذلك مع ذكر تحفظين .

١ - أن ما نراه من اتجاه المجتمع المصرى قد لا يطابق الواقع ، ولذلك فقد تكشف دراسة اجتماعية وإحصائية كاملة عن اتجاه معاكس لما نلاحظه.

٢ - ان القانون لا يقع المجتمع دائماً ، وأنه حتى في نظام الأسرة حيث تسود الاعتبارات الاجتماعية قبل كل شيء آخر فمن المتصور أن تنجّه ارادة المشرع اتجاهها مخالفاً تفرض قواعده على المجتمع .

فاذا افترضنا عدم تحقق أى من التفظين ، وأن المجتمع المصرى لا يريد التوحيد بصوريته ، وأن المشرع لا يريد التجاوز عن اتجاه المجتمع المصرى في هذا المجال ، فلن يكون أمامنا سوى قبول تعدد الشرائع في علاقات الأسرة . وإذا استقرت ارادة المشرع على هذا فلا بد من وضع نصوص تؤدى صياغتها فعلا إلى تعدد الشرائع .

٧ - الصياغة القانونية للتعدد :

من الممكن اقرار تعدد الشرائع التى تحكم الأسرة بطريقتين مختلفتين . الأولى أن يوضع قانون للمسلمين مستمد من الشريعة الاسلامية وأن يوضع قانون آخر للمسيحيين مستمد من الشريعة المسيحية . وكما توجد خلافات مذهبية في الشريعة الاسلامية توجد خلافات مذهبية في الشريعة المسيحية أيضاً . ولكن هذه الخلافات لاتتعلق بالأصول في أى منها ، ولذلك من الممكن التوفيق بين المذاهب المختلفة ، وهذا ما فعله المشرع المصرى عندما وضع قانوناً للمواريث أو قانوناً للوصية ، ويمكن أن يتبع نفس الأسلوب في قانون الأسرة أيضاً .

وإذا طلب إلى الكنائس المسيحية المختلفة وضع مشروع قانون موحد للمسيحيين جميعاً تصدره الدولة بعد ادخال ما تراه من تعديلات ، فالغالب أن رجال الدين المسيحيين سيصلون إلى اتفاق سهل على التوحيد فيما بينهم .

وفى مثل هذا النظام لن يعتد باختلاف الملة أو الطائفة بين الزوجين المسيحيين . وإذا تحول أحد الزوجين إلى الاسلام ، طبقت أحكام الشريعة

الاسلامية مراعاة لاعتبارات النظام العام ، وإذا كان الزوج هو الذى تحول أعطيت الزوجة الحق فى طلب فسخ الزواج .

وفى هذا النظام سيكون هناك ازدواج فقط للشرائع وليس تعدد لها .

أما الطريقة الثانية فهى اقرار اختلاف المذاهب المسيحية المختلفة والنص على أن تطبق على اتباع كل مذهب شريعتهم الخاصة ، وذلك مع ملاحظة ما يأتى :

١ - عدم الاعتراد اطلاقاً بالاختلاف فى الطائفة داخل كل مذهب أو ملة لأن الطائفة تعبر عن فكرة اجتماعية وتاريخية لا أهمية لها فى مجتمع له وطنية واحدة وجنسية واحدة . بل لعله من غير اللائق أن يعتد المشرع بأن مصرياً من أصل كلدانى أو سريانى أو مارونى ويرتب آثاراً قانونية على هذا الأصل ، خاصة وأن الشعب المصرى يتكون من تلاقى شعوب كثيرة بحكم الغزو والهجرة فى مراحل التاريخ المختلفة ، ومن المعروف أن كل الأجناس المختلفة فنيت فى المجتمع المصرى دون أن تفقده وحدته أو طبيعته الخاصة . فالاعتداد بالطائفة الاجتماعية هو اعتداد بما يجب اهماله فى ظل الوحدة القومية ، وهذا بخلاف الاعتداد بالدين حيث لا يمكن انكار الأديان المختلفة ، كما أن تعددها لا يؤثر فى الصفة الوطنية للفرد .

٢ - أن يعتد بالمذاهب الثلاثة الموجودة وهى الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية ، بحيث تكون لكل مذهب شريعته الخاصة التى تسمى على أتباعه .

٣ - أن ينص على تطبيق الشريعة الاسلامية إذا تحول أحد الزوجين إلى الاسلام ، مع اعطاء الزوج الآخر الحق فى التحلل من رابطة الزوجية ، وينطبق هذا فى حالة تحول الزوج أما إذا تحولت الزوجة فان الزواج يفسخ بقوة القانون إذا رفض الزوج أن يتبعها فى التحول . وتطبيق الشريعة الاسلامية فى حالة تحول أحد الزوجين إلى الاسلام يقتضيه النظام العام .

٤ - إذا اختلف الزوجان في المذهب ، أو إذا حدث اختلاف لاحق على الزواج بسبب تحول أحدهما إلى مذهب آخر ، طبقت قواعد مشابهة لقواعد القانون الدولي الخاص في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية .
فيطبق قانون كل من الزوجين وقت الزواج ، على الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، ويطبق قانون الزوج عند الزواج على آثار الزواج . أما التطلق والتفريق فيسرى عليهما قانون الزوج وقت رفع الدعوى .

ومراعاة هذه الأصول يؤدي إلى وضع نظام تتعدد فيه الشرائع حقيقة أما الوضع الحالي فلا يصح استمراره ، لأنه يقضى بالتعدد دون أن يضع قواعد اسناد مفصلة تحدد القانون الواجب تطبيقه من هذه الشرائع المختلفة . وهو يقضى بالتعدد ولكنه يؤدي إلى تطبيق شريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية على المسلمين وغير المسلمين في حالات كثيرة .

وليس أبلغ في الدلالة على قصور النصوص الموجودة عن التعبير عن ارادة المشرع ، أن قاعدة الاسناد الوحيدة الموجودة تفترض أن هناك تعدداً في أحكام الأحوال الشخصية مع أن الاصطلاح أصبح في ذمة التاريخ ولم يعد يدل الآن على شيء .

أى أنه في الوقت الذي كان يجب فيه على المشرع حصر التعدد في علاقات الأسرة فقط مع تحليل هذه العلاقات إلى أنواع مختلفة ووضع قاعدة اسناد مستقلة لكل نوع منها (شروط موضوعية ، آثار ، طلاق ، تفريق النكاح) وضع نصاً واحداً يجمع علاقات الأسرة التي تتعدد فيها الأحكام مع غيرها من المسائل التي لم تعد تتعدد فيها الأحكام ، وافترض أنها كلها تتعدد فيها الأحكام ، ثم وضع قاعدة لا تعبر عن التعدد ولا عن التوحيد .

٨ - خاتمة :

عرف القانون المصري نظاماً قانونياً خاصاً لا مقابل له في القوانين الأخرى هو نظام (الأحوال الشخصية) وقد نشأ هذا النظام بسبب

تعدد جهات القضاء وتعدد القوانين واجبة التطبيق . وكان تحديد المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية له أهمية في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، سواء بالنسبة للأجانب أم بالنسبة للمصريين :

فبالنسبة للأجانب كان مظهر الامتيازات الأجنبية هو خضوعهم لقضاء خاص ، غير القضاء الوطني ، وهو قضاء المحاكم المختلطة ، ومبالغة في الامتيازات كانت هناك مسائل تتعلق بالشخص مباشرة ، لا تختص بنظرها المحاكم المختلطة ، بل المحاكم القنصلية التي يتبعها هذا الشخص . وبعد إلغاء الامتيازات وفي فترة الانتقال ما بين ١٩٣٧/١٩٤٩ أصبحت المحاكم المختلطة هي المختصة بنظر هذه المسائل إلى جانب المحاكم القنصلية وكانت هذه المسائل تسمى الأحوال الشخصية . ولذلك كان هاماً تحديد مدلول هذا الاصطلاح لتحديد اختصاص المحاكم المختلطة أو القنصلية . ولم يكن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يخضع لاجتهاد علمي ، لأن الاصطلاح لا يقوم على أساس علمي ، ولكن المرجع فيه هو حكم القانون نفسه . وقد حدد القانون المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية ويمكن تقسيمها إلى أربعة :

١ - الحالة والأهلية ٣ - الموارث والوصية

٢ - نظام الأسرة ٤ - الولاية والوصاية والقوامة .

وبعد إلغاء الامتيازات الأجنبية وانتهاء فترة الانتقال أصبح القاضي الوطني هو المختص بنظر هذه المسائل كاختصاصه بنظر المسائل المالية . ولهذا اتعلمت فائدة هذا الاصطلاح سواء من حيث تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للمحكمة المختصة فهي دائماً المحكمة الوطنية سواء تعلق النزاع بالشخص أم بالمال ولذلك لم تعد هناك فائدة للقول بأن هذا النزاع يتعلق بالشخص أو بالمال ، ففي جميع الأحوال المحكمة المختصة واحدة لا تتغير .

وبالنسبة للقانون الواجب تطبيقه فإن فكرة الأحوال الشخصية لم تعد لها فائدة أيضاً لأنها فكرة عامة تعبر عن علاقات متنوعة يختلف القانون بحسب كل نوع منها ولذلك لا بد من تحديد نوع العلاقة على وجه الدقة لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، فتنبغي معرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج أم بآثار الزواج أم بالطلاق والتطليق والتفريق إلى غير ذلك . وكل هذه المسائل تدخل فيما يسمى بالأحوال الشخصية ، ومع ذلك فالقانون الواجب تطبيقه يختلف في كل منها عن الأخرى . وبعبارة أخرى فإن فكرة الأحوال الشخصية في عمومها لا تصلح فكرة مسندة في قواعد القانون الدولي الخاص ، وليس ممكناً على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للأجانب أصبحت الفكرة عديمة الفائدة سواء في تحديد الاختصاص القضائي أو التشريعي .

وبالنسبة للمصريين كان لاصطلاح الأحوال الشخصية أهمية في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق .

فبالنسبة للاختصاص القضائي لم تكن المحاكم الوطنية تختص بنظر الأحوال الشخصية للمصريين ولكن بنظر علاقاتهم المالية فقط . وكانت المحاكم الشرعية هي التي تختص بنظرها بالنسبة للمسلمين ، والمحاكم المالية المتعددة بالنسبة لغير المسلمين . وقد صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحائس المالية وتوحيد جهات القضاء بالنسبة للمصريين جميعاً في مسائلهم المالية والشخصية على السواء . وبهذا أصبح القاضي الوطني هو المختص بنظر المسائل المالية والعلاقات الشخصية فلم تعد للاصطلاح أدنى فائدة عملية في تحديد المحكمة المختصة لأن المحكمة واحدة لا تتغير أياً كان نوع العلاقة شخصية أم مالية .

أما بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه فقد كان لهذا الاصطلاح فائدة أيضاً لأن المبدأ الذي ساد هو مبدأ تعدد الشرائع في الأحوال الشخصية ، فتطبق الشريعة الإسلامية على المسلمين ، والشرائع الخاصة على غير المسلمين

ولهذا كان يترتب على اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وهل هو الشريعة الإسلامية أم غيرها من الشرائع بحسب ديانة الخصوم . وقد زالت هذه الفائدة الآن بعد صدور قوانين موحدة تسرى على المصريين جميعاً في معظم مسائل الأحوال الشخصية فأصبحت الأحكام موحدة في مسائل الأهلية والحالة وكذلك الميراث والوصية وكذلك الولاية والوصاية والقوامة . ولم تبق سوى مسألة واحدة لازالت تتعدد فيها الشرائع بحسب الظاهر هي علاقات الأسرة .

ولهذا لم يعد صحيحاً القول أن الشرائع تتعدد في الأحوال الشخصية أو أن القانون الذى يسرى على الأحوال الشخصية يختلف بحسب ديانة الخصوم . وأصبح من الممكن فقط القول بأن مابقى من مسائل الأحوال الشخصية ولم يصلر بشأنه قانون موحد ، تتعدد فيه الشرائع .

وعبارات مابقى من مسائل الأحوال الشخصية أو بعض مسائل الأحوال الشخصية ، عبارات مجهلة لا يمكن استخدامها في تحديد القانون الواجب تطبيقه . وإذا لوحظ أن مابقى من مسائل الأحوال الشخصية خاضعاً لمبدأ التعدد أصبح محصوراً في مسائل محددة هي علاقات الأسرة ، أصبح لازماً الاستغناء عن اصطلاح الأحوال الشخصية في تحديد القانون الواجب تطبيقه على المصريين ، والاقتصار فقط على استخدام اصطلاح الأسرة فهو وحده الذى يختلف فيه الأحكام بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين حسب ظاهر نصوص القانون .

فكأن اصطلاح الأحوال الشخصية أصبح عديم الفائدة بالنسبة للمصريين أيضاً سواء بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائى أو الاختصاص التشريعى .

وإذا كان الاصطلاح قد فقد فائدته العملية ، فهو عديم القيمة أيضاً من الناحية النظرية أو المدرسية . وذلك مع ملاحظة وجود اصطلاح آخر له قيمة نظرية في تفسيرات كتب الفقه وهو اصطلاح الأشخاص . ولكن اصطلاح الأشخاص يعبر عن نظرية الشخصية القانونية أو الشخص

القانوني ولذلك فهو يمتد إلى الشخص الطبيعي والشخص المعنوي ، وان كان بالنسبة للشخص الطبيعي يجمع بعض الموضوعات التي كانت تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية . ولذلك يمكن من الناحية المدرسية الاحتفاظ باصطلاح الأشخاص مع ملاحظة الاختلاف بينه وبين اصطلاح الأحوال الشخصية .

وإذا كان هناك موضوع يختلف فيه الأحكام بالنسبة للمسلمين عن غير المسلمين فهو موضوع الأسرة . والمبدأ الذي يسود حتى الآن من حيث الظاهر هو مبدأ تعدد الشرائع في نظام الأسرة . وقد عبر المشرع عن هذا التعدد في قاعدة ورد النص عليها في المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي أحالت في مسائل الأسرة إلى شريعة الخصوم .

وقد جاءت صياغة هذا النص معيبة من كل وجه .

فهو أولاً يقرر تعدد الشرائع بالنسبة للأحوال الشخصية ويحيل إلى قانون الديانة رغم أن اصطلاح الأحوال الشخصية أصبح من التاريخ ولم يعد صحيحاً أن الشرائع تتعدد بالنسبة لكل مسألة بل في بعضها فقط وهي علاقات الأسرة بالذات .

فاذا تجاوزنا عن هذا العيب في الصياغة ، فان النص لا يحدد مع ذلك ما إذا كان المبدأ المأخوذ به في نظام الأسرة هو تعدد الشرائع أم توحيدها ، لأنه بالنسبة لغير المسلمين تنطبق عليهم شريعتهم في حالات وتنطبق عليهم الشريعة الإسلامية في حالات أخرى وذلك بحسب توافر أو تخلف شروط لا تعبر عن اختلاف حقيقي ، كاختلاف في الملة أو تعبر عن صفة ليس من اللائق إبرازها وترتيب أثر قانوني عليها ، وهي الأصل الاجتماعي والتاريخي للفرد وهو ما يعبر عنه بالطائفة .

ولهذا لا يمكن القول أن النظام هو تعدد الشرائع وأن غير المسلمين نسرى عليهم شريعتهم الدينية ، لأنه في كثير من الأحيان تطبق عليهم

الشرعية الاسلامية في الأحكام التي تختلف فيها اختلافاً جوهرياً مع شرائعهم الخاصة ، ومثال هذا الطلاق . فقد أصبح من الجائر للزوج المسيحي أن يطلق زوجته المسيحية بإرادته المنفردة ، كما هو الحكم بالنسبة للزوج المسلم .

وكذلك فإن منطق النصوص يسمح للزوج المسيحي بتعدد الزوجات لأنه إذا طبقت الشرعية الاسلامية فهي تطبق حتى على الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

ومن ناحية أخرى لا يمكن مع هذه النصوص القول بأن المبدأ هو وحده القانون وأن الشرعية الاسلامية تسرى على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، لأنه بحسب ظاهر النصوص فإن الشرعية الدينية لغير المسلمين تسرى عليهم عند توافر شروط معينة ، وهي تتوافر في العمل فعلاً .

ولعل المجتمع المصري لا يسمح حتى الآن بتوحيد الاحكام في نظام الأسرة . ولعل المشرع قصد بالفعل تعدد الشرائع في هذه العلاقات ، ولكن النصوص تجاوزت قصده ، والعيب في التشريع هو عيب في الصياغة لا بد من اصلاحه .

وتعدد الشرائع لا يقوم بغير قواعد اسناد تفصيلية تواجه علاقات الأسرة المختلفة ، ويمكن عند وضعها الاستعانة بقواعد القانون الدولي الخاص في هذا الشأن .

وإذا كانت هناك صياغة خاصة تؤدي إلى التوحيد ، وصياغة أخرى تؤدي إلى التعدد ، فأى منهما لا تفضل الأخرى الا بقدر صدقها في التعبير عن ارادة المشرع .

على أنه إذا كان لا بد من كلمة أنصاف للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فهي أنه وحد جهات القضاء ، وكان هذا هو الغرض الأساسي منه ، فإذا جاء به قصور في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فلأنه لم يضع هذا في اعتباره الأول ، ولا زالت الفرصة قائمة أمام اصلاح تشريعي جديد يحدد بدقة القانون الواجب تطبيقه على علاقات الأسرة أو يوحد القواعد بشأنها .

التعليق على الأحكام

« ضرائب »

الضريبة على أرباح المهن غير التجارية - تكاليف الإيراد في حالة عدم

وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات

للاستاذ الدكتور محمود رياض عطيه

أستاذ المالية العامة بالكلية

تستلزم بعض المهن غير التجارية اتفاق مبالغ تتجاوز حدود المصاريف الادارية المتعارف عليها والتي تشترك فيها جميع هذه المهن . فهنة التصوير تستلزم بطبيعتها اتفاق تكاليف تشغيل لشراء القماش أو الورق اللازم للرسم على الكارتات ، وبوبات وفرش ، وهي أشياء مرتفعة الثمن ، ينبغي خصمها من ايراد الممول الإجمالي باعتبار أنها ليست إيراداً حقيقياً ، إذ الإيراد في صدد هذه الضريبة هو الإيراد الذي يحصل عليه الممول مقابل عمله الشخصي الذهني ، ولا يدخل فيه مصاريف التشغيل ، ومصاريف التشغيل هذه ليست المصاريف المعنية في المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رعووس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمقدرة حكماً بواقع ٢٠٪ من الإيراد . إذ أن هذه المصاريف الأخيرة هي « المصاريف الادارية » التي يشترك فيها جميع ممولى هذه الضريبة ، وفرق كبير بينها وبين نفقات التشغيل إذا كانت المهنة تستلزم ذلك ، كما هو الحال في مهنة التصوير ، ويتعين خصمها بالإضافة إلى خصم نسبة ٢٠٪ التي نصت عليها المادة ٧٣ المشار إليها (حكم محكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة السادسة التجارية ، في الاستئناف رقم ٢١٥ لسنة ٢٢ قضائية تجارية ، بتاريخ ٥ مايو سنة ١٩٦٧ . وكانت مشكلة برئاسة الأستاذ أحمد سعيد ناصر ، رئيس الدائرة ، وعضوية المستشارين الأستاذين يحيى عبد العزيز وعبد الحائق يوسف) .

الوقائع : قلدرت مأمورية ضرائب العطارين ثالث صافي ربح ممول عن نشاطه في مهنة التصوير في كل من السنوات ١٩٥٨ إلى ١٩٦٠ بمبلغ ٥٧٦ جنياً ، ولإذ لم يقبل الممول هذا التقدير أحيل الخلاف إلى لجنة الطعن التي أصدرت بتاريخ ١٩٦٤/٩/٢٥ قراراً قضى بتخفيض صافي ارباح الممول في كل من سنتي ١٩٥٨ و ١٩٥٩ إلى مبلغ ١١٠ جنياً وفي سنة ١٩٦٠ إلى مبلغ ١٧٩ جنياً . فطعن مصلحة الضرائب في هذا القرار أمام محكمة الاسكتلندية الابتدائية ، وتقيد طعنها برقم ٩٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، طالبة الحكم بقبوله شكلاً وفي الموضوع بالغاء قرار اللجنة المطعون فيه والقضاء بتأييد تقديرات مأمورية الضرائب لأرباح الممول في كل من سنوات النزاع بمبلغ ٥٧٦ جنياً مع الزامه المصروفات ومقابل أتعاب المحاماه ، وأسست طعنها على أن ما ذهبت اليه اللجنة في قرارها من خصم نسبة ٤٥٪ من الايراد مقابل مصاريف التشغيل مخالف للقانون ، ذلك ان المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ نصت على أنه في حالة عدم وجود حسابات منتظمة ومؤيدة بالمستندات تقلد المصروفات جزافاً بنحو خمس الايرادات ، وانه لما كان الممول ينطبق عليه هذا الحكم فضلاً عن أنه لا يتحمل أية مصروفات ادارية لما هو ثابت من أنه موظف ويتخذ من مركز الشركة التي يعمل بها مقرراً له ، ومن ثم فانه يكفي في هذه الحالة تقدير نسبة المصاريف بواقع ٢٠٪ وخصمها من الايراد بصفة مصاريف عمومية وادارية .

وطلب الممول رفض الطعن وتأييد قرار اللجنة المطعون فيه . وبعد أن عرضت محكمة أول درجة للدفاع الطرفين وما قدمه كل منهما من أسانيد قضت بجلسة ١٦ اكتوبر سنة ١٩٦٥ بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بالغاء قرار اللجنة المطعون فيه ، وتأييد تقديرات المأمورية لارباح الممول عن سني النزاع والزامه المصروفات ومبلغ مائة قرش مقابل أتعاب المحاماه . وأسست قضاءها على أن الثابت من استقراء نص المادتين ٧٣ و٧٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن المشرع قد فرق بين حالتين : الأولى حالة عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات لدى الممول ، وفيها تقلد المصاريف

جزأاً بخمس الإيرادات ، والثانية حالة امساك الممول لدفتر اليومية مؤشراً على كل صفحة منه من مأمورية الضرائب ، وتقيده فيه يوماً بيوم الإيرادات والمصاريف ، وفيها تقلد المصاريف من واقع الدفاتر المنتظمة المؤيدة بالمستندات التي تثبت صحة القيود الواردة بها . ولم يفرق المشرع بين دلالة كلمة «التكاليف» وكلمة «المصاريف» ، فهما مرادفان لمعنى واحد ، ولهذا فان لجنة الطعن بخصمها ٤٥٪ مقابل التكاليف واجبة الخصم ، و ٢٠٪ مقابل المصاريف الادارية تكون قد طبقت القانون تطبيقاً غير سائغ يتعين معه الغاء قرارها وتأييد تقديرات مأمورية الضرائب .

طعن الممول على هذا الحكم بالاستئناف وطلب بصحيفته المعلنة في ٣ مايو سنة ١٩٦٦ قبوله شكلاً وفي الموضوع بالغاء الحكم المستأنف وتأييد تقديرات لجنة الطعن فيما تضمنه من خصم ٤٥٪ من الإيراد مقابل مصاريف التشغيل والتكلفة في سنى النزاع مع الزام مصلحة الضرائب المصروفات عن الدرجتين ومقابل أتعاب المحاماة واستند في ذلك إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تفيد وجوب التفرقة بين إيرادات الممول الاجالية والإيراد الخاضع للضريبة ، وإن الأخير هو الإيراد الصافي بعد استئزال كافة مصاريف التشغيل والتكاليف اللازمة لمباشرة المهنة ، وإن مرد ذلك أن بعض المهن تستلزم مصاريف تشغيل تستهلك ٧٠٪ من الإيراد أى أن الإيراد الذى يحصل عليه صاحب المهنة يشمل مبالغ كبيرة انفقّت لتشغيل الأعمال التي يقوم بها ، فالرسم يقتضى عمله شراء أقمشة وورق وبويات لاستعمالها في الرسم وهي مواد ذات قيمة كبيرة إذا قيس بجانب اللوحة التي يقوم برسمها وأنه يجب لذلك خصم هذه التكاليف باعتبارها مصاريف تشغيل ، وتحديد نسبة المصاريف بواقع ٢٠٪ التي نص عليها المشرع بعد خصم مصاريف التشغيل لأن الباقي هو الإيراد الفعلي الخاضع للضريبة .

وطلبت مصلحة الضرائب رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف تأسيساً على أنه في مجال تطبيق أحكام المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩

لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التكاليف اللازمة لمباشرة المهنة والمصروفات العمومية ، وان المصاريف لا تعنى سوى التكاليف اللازمة لمباشرة المهنة ، وهذه عند اطلاقها لا تعنى سوى المصروفات ، وعلى أن المستأنف لا يحسب دقاتر ولا يحتفظ مستندات ، ومن ثم فقد وجب تقدير المصروفات جزافاً بخمس الايراد عملاً بنص المادة ٧٣ المشار اليها .

ولم تأخذ محكمة الاستئناف بوجهة نظر مصلحة الضرائب بل أخذت بوجه نظر الممول ، ورأت انه لا جدال في أن الايراد الاجمالى الذى يحصل عليه الممول من نشاط مهنة التصوير الحرة ، التى تستلزم بطبيعتها اتفاق تكاليف للتشغيل لشراء أقمشة وورق وفرش وألوان لاستعمالها فى الرسم وهى مواد ذات قيمة كبيرة إذا قيس بجانب اللوحة التى يقوم برسمها ، يجب أن يخصم منه هذه التكاليف لأنها ليست فى واقع الأمر ايراداً حقيقياً . إذ الايراد فى صدد هذه الضريبة هو الايراد الذى يحصل عليه الممول مقابل عمله الذهني ، ولا يدخل فيه مصاريف التشغيل ، ومصاريف التشغيل هذه ليست المصاريف المعنية فى المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ والمقترة حكماً بواقع ٢٠ ٪ من الايراد إذ أن هذه المصاريف الأخيرة هى المصاريف الادارية ، التى يشترك فيها جميع ممولى ضريبة المهن الغير التجارية ، وفرق كبير بينها وبين نفقات التشغيل إذا كانت المهنة تستلزم ذلك كما هو الحال فى مهنة التصوير التى يمارسها المستأنف . وقضت بناء على ذلك بأن محكمة أول درجة ، وقد خالفت هذا النظر ولم تأخذ بقرار لجنة الطعن القاضى بخمس نسبة ٤٥ ٪ من اجمالى الايراد كمصاريف لازمة للتكلفة على هذا الايراد علاوة على نسبة ٢٠ ٪ المقترة حكماً ، يكون قد جانبها الصواب مما يتعين معه القضاء بالغاء حكمها وتأييد قرار لجنة الطعن فى هذا الخصوص .

التعليق : تنص المادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديله بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على أن : «تحدد الضريبة سنوياً على أساس مقدار الارباح الصافية فى بحر السنة السابقة ويكون تحديد صافى الارباح على أساس نتيجة العمليات على اختلاف أنواعها التى يباشرها الممول بعد

خصم جميع «التكاليف» اللازمة لمباشرة المهنة ما عدا الضريبة على أرباح
المهن غير التجارية التي يؤديها طبقاً لهذا القانون» .

«وفي حالة عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات تقدر
«المصروفات» جزافاً بخمس الإيرادات» .

ولما كانت بعض المهن غير التجارية تستلزم مزاولتها استعمال مواد
قد تفوق قيمتها قيمة جهد الممول كما هو الحال في المصور الذي يستعمل
أقمشة وأوراق وبويات ومواد أخرى مرتفعة الثمن ، هذا إلى أن العميل
قد يأتي بهذه المواد ويسلمها للمصور أو يأتي بها المصور فان بعض الكتاب
رأى وجوب التفرقة بين التكاليف اللازمة للتشغيل والمصاريف الادارية
والعمومية وان نسبة الـ ٢٠٪ التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٧٣
المشار إليها انما تنصرف إلى المصاريف الادارية والعمومية التي يشترك فيها
جميع ممولى هذه الضريبة ، ووجد في نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة
٧٣ ما يعين على هذا التفسير إذ أن المشرع باستعماله كلمة «التكاليف» في
الفقرة الأولى و«المصروفات» في الفقرة الثانية ، والأولى أعم من الثانية إذ تشمل
«مصاريف التشغيل» إلى جانب المصاريف الادارية والعمومية ، بينما لا تشمل
الثانية سوى المصروفات الادارية والعمومية دون مصاريف التشغيل
يكون قد أوضح أن مصاريف التشغيل لا تدخل ضمن الـ ٢٠٪ . وعلى
ذلك فان المساواة بين من لديه حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ، وبين من
ليست لديه حسابات منتظمة تستلزم استبعاد «مصاريف التشغيل» قبل خصم
نسبة الخمس المشار إليها . فاذا قام مؤلف بالاتفاق على طبع كتابه بنفسه ،
ولم تكن لديه حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ، تطبق نسبة الخمس بعد
خصم ثمن الورق وأجرة الطبع والتجليد من الإيرادات باعتبارها مصاريف
تشغيل (١) . كذلك الحال بالنسبة لأصحاب معاهد التعليم الحراخولة عن المدة
من أول يناير سنة ١٩٥٦ إلى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٦ ، التي كانت خاضعة

(١) أنظر كتاب «الوسيط في تشريع الضرائب» للكاتب ، دار المعارف ، مصر ، سنة

خلالها للضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المشار اليه ، تعتبر مرتبات المدرسين «مصاريف تشغيل» يجب خصمها من الإيرادات الإجمالية ، قبل الوصول إلى مجمل الربح ، عند عدم وجود حسابات منتظمة مؤيدة بالمستندات ثم يخصم بعد ذلك من مجمل الربح مقابل المصروفات الإدارية والمصروفات العمومية تطبيقاً للفقرة الثانية . ورأى فريق آخر من الكتاب انه لافرق بين «التكاليف» الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٧٣ وبين «المصروفات» الواردة في الفقرة الثانية منها وان المقصود منهما واحد هو خصم جميع المصاريف التي تستلزمها مباشرة المهنة ويعزز رأيه بمنطوق المادة ٧٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وبأن ورود كلمة «المصروفات» في الفقرة الثانية بعد كلمة «التكاليف» في الفقرة الأولى ما هو الا احتياط من المشرع حتى يكون الخصم شاملاً لجميع المصاريف التي تستلزمها مزاوله المهنة ، وقد أخذ مجلس الدولة بهذا الرأي الأخير في فتوى له برقم ٢٥٥٧/٥٢/١٨٣ بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٥٧ . كما أخذت به مصلحة الضرائب في تعليقاتها التفسيرية رقم «١» للمادة ٧٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بتاريخ مارس سنة ١٩٥٧ .

والرأى الأول الذي أخذت به محكمة استئناف الاسكندرية أدنى إلى تحقيق العدالة وأقرب إلى روح القانون من الرأي الثاني ، لأن الاكتفاء بخصم ٢٠٪ من الإيراد الإجمالي يجعل الضريبة تسري في مثل الحالة موضوع التعليق ، على مبالغ ليست في الحقيقة إيراداً للممول في حين أن الضريبة مفروضة على الإيراد الصافي له .

تم ، بمون الله وتوفيقه ، طبع هذه الخيلة بالمدينة العامة
للكتب والايهزة العلمية ، مطبعة جامعة الاسكندرية
في يوم الاربعاء ١٨ يناير ١٩٧٠

محمد يوسف البساطي
مدير المطبعة

REFERENCES

- Coley, W. B., and Hougnet, J. P.** (1918) : Operative Treatment of Hernia, A Consideration of 8589 Cases of Hernia Treated by Radical Operation. *Ann. Surg.*, 62:5255.
- Imbert, Lucien.** (1939) : *Accident du travail*, 3d ed., Paris, Masson et Cie.
- Kessler, H. H.** (1941) : *Accidental Injuries*, 2d ed., Philadelphia, Lea & Febiger.
- Loyal, D.** (1957) : *Christopher's Textbook of Surgery*, Philadelphia & London, Saunders Co.
- Mock, Harry E.** (1919) : *Industrial Medicine and Surgery*, Philadelphia, Saunders Co.
- Ribero, L.** (1925) : Hernia as an Industrial Accident, *Brasil-med.*, 39 : 311.

so other different factors should always be taken in consideration. If these factors too kplace because of and in the course of employment resulting in the development of a hernia has to be considered an idustrial injury and compensable. These factors have to be fully investigated in every case by itself, and a through clinical examination should not be missed.

from routine work but after a certain force. The general legislation in the U.A.R. is that the assailant is responsible of the sequences of the injuries caused, despite the constitutional abnormalities of the victim.

2. *Accidental Hernia* :

It is the type of hernia that is caused by extreme muscular effort, and this effort or force could be :

- a) *Sudden and severe* : That is an unusual effort sudden and beyond the routine work or the workman is in an unfavourable position. The claimant received such a force suddenly and beyond his capacity and he had to keep it. The sudden increase of his intra-abdominal pressure will lead usually to a hernia in the weakest point i.e. the inguinal region. It is an aetiological base of a direct inguinal hernia.
- b) *Steady and severe* : The force is usually beyond the capacity of any labourer as carrying, pushing or pulling heavy weights i.e. repeated and steady surges of increased intra-abdominal pressure. The shutter action of the abdominal inguinal ring and the inguinal canal may be in an improper way and it will give a hernia. Usually it occurs-not during the active years but suddenly develops in old age.

3. *Occupational Hernia* :

The force in this type of hernia could be sustained by more physically developed people and with proper strong abdominal muscles. Such labourers are engaged in a type of work beyond their capacity and usually not accustomed to physical effort day after day. It could be attributed for example, to that the posterior inguinal wall, i.e. the transversus abdominis aponeurosis with its investing fascia is not of proper strength and he may develop a direct hernia. Such a hernia will develop during the routine work, and is tender and accompanied with pain. The claimant usually of a young age and physically not well built.

In conclusion, other than a direct trauma to the abdominal wall causing a direct injury to the abdominal wall, the surgeon believes that there is always a weak point in this development of the abdominal wall or the inguinal canal predisposing to a hernia formation. No two persons are completely identical in their constitution and development,

character without which the hernia should not be considered an industrial accident. These signs are rather signs of strangulation or of an irreducible hernia but when the hernia is reducible the pain is usually bearable. So one should accept pain in the groins, unrelated to its severity, as a characteristic sign of industrial hernia; if the pain is very severe immediate operation is indicated for fear of strangulation.

Cases in which the claimant felt pain in the neck in addition to pain the groins showed no tender spots in the neck, i.e. a reflex manifestation. In the author's opinion, it may be due to an injury to the diaphragm; an open point for further investigation.

The author believes that a hernia clearly recent in origin, accompanied by pain resulting from a strain, arising out of and in the course of employment and promptly reported to the employer and police is an occupational hazard and is compensable. So the author suggests a classification, according to the nature of the causative factors and other factors discussed before.

1. *Traumatic Hernia* :

It is the hernia that is caused by a true trauma on the abdominal wall, and the force is either :

a) *direct local force* :

The claimant receives a direct local trauma, practically crushing in character that leads to damage of the abdominal wall not necessarily tearing of the wall as by trying to keep a slipping bar, falling from a height hitting the abdomen or from a crushing force.

b) *generalised force* :

A blunt force to the abdominal wall, the effect of which is transmitted to the weakest point and may be some distance from the point of injury. Some surgeons as Loyal Davis (1957) believe that unless there is a performed sac in the inguinal canal, no amount of trauma will produce an indirect inguinal hernia. This type of force may produce, too, a direct inguinal hernia, and again surgeons believe that usually there is an important predisposing cause for its development and that is a weak posterior inguinal wall.

But as this hernia appeared after such a type of force, one should blame the force not the workman because the hernia did not appear

scended or late descent of testicle, inherited weakness of abdominal wall and patent ring, postoperative scar, relaxation of abdominal paracetes, and obesity, the medico-legal exciting causes are : acute strain, direct trauma and chronic strain.

There is a general wide conception among surgeons and factory doctors that hernia is a disease which develops gradually, being uncommonly if not rarely the result of an accident. They hold the opinion that the real traumatic hernia is resulting from the application of force to the abdominal wall either puncturing or tearing the wall.

The data on the age incidence in the cases studied and believed by the author to be of industrial hazards and those operated upon in the Alexandria University Hositals indicate two well contrasted entities surgical or industrial More than half of the cases considered to be industrial injuries fall in the fourth decade of life, while only about one quarter of the hospital cases, considered to be a disease, fall in that age group.

Again considering the underlying factors, these industrial cases differ from the surgical cases. While in the cases studied there was more or less a certain underlying factor of a sudden heavy strain or a sudden effort or a blow on the body of the claimant, in the surgical cases no his- of such underlying factors can be elicited.

The clinical findings in these two different types of hernia traumatic or a disease, differ a considerable degree too. The general examination in the cases studied revealed no apparent congenital factor or a malformation in their constitution. The maximum incidence concerning the site of the hernia of the cases studied revealed that more than half of the cases were right inguinal hernias. Most people are right handed and most of the strain usually falls on the right side of the body. The type of hernia, although not a criterion, illustrates that the direct inguinal hernia was quite common. The size of the hernia (being in 80 % of the cases of a small size) shows its recent origin and not a gradually developing hernia from early life, i.e. the hernia did not exist prior to the alleged accident and is of a recent origin. The pain which accompanied too the appearance of the hernia in the cases studied, was noticed to be sudden. A remarkable point to be mentioned is that this pain was not in every case anguish, only in 40 % of the cases. In the belief of the author the feeling of very severe pain and malaise should not be considered an important

suddenly develop a hernia in later decades of life. One may reasonably assume that a congenital sac was always there, but the abdominal inguinal ring was effectively closed by muscular effort until the patient reached the age of poorer muscle tone and suddenly engaged in severe muscular effort. So one can state that without such a severe muscular effort, i.e. an industrial effort, hernia will not appear.

Many classifications have been suggested by different authors. Imbert(1939) has proposed an arbitrary classification, based both on the history and the clinical findings immediately after the injury. He classified hernias as hernia "de force" and hernia "de faiblesse". He characterised the hernia "de force" as a hernia produced by unusual effort in an unfavourable position to assume the effort. It is accompanied by severe pain and sensation of anguish. The hernia is small, tender, unilateral with the external ring tight. The characteristics of a hernia 'de faiblesse' are diametrically opposite to those of a hernia 'de force', with a weak or defective abdominal wall.

Kessler (1941) has based his classification, according to the nature of the causative factors of the traumatic hernia, into seven categories:

- Severe local direct force.
- Severe general direct force and indirect force.
- Severe indirect force
- Severe indirect force, steady but not sudden.
- Ordinary strain, hernia not pre-existing.
- Ordinary strain, hernia probably pre-existing.
- Aggravation of pre existing hernia.

Surgeons classify hernia according to its site. The inguinal hernia is classified too into direct and indirect inguinal hernia. The direct inguinal hernia is one that passes through the postinguinal wall medial to the inferior epigastric vessels in the area bounded by Hesschbach's triangle. The indirect hernia is the hernia that passes through the inguinal canal and may descend into the scrotum.

From the medico legal point of view, hernia is either congenital or acquired, in which a cause and effect sequence is usually the determining factor. The causes may be grouped also under two headings : predisposing and existing. Predisposing medico-legal cases could be listed, except those of increased intra-abdominal pressure as ; congenital hernia, congenital phimosi, congenital operations, unde-

The difference in the age incidence between the hernia considered as a disease and the hernia in the studied cases is remarkable. Also, the underlying factors causing hernia are of utmost importance. Carrying, pushing or pulling a heavy weight is considered as an unusual effort beyond that which is required for routine work or which is exercised by the injured in an unfavourable position to assume the effort. This is called by Imbert (1939), a hernia de force' and its immediate cause is a sudden effort or severe strain. The hernia immediately follows the accident and is accompanied by pain which compels the labourer to cease work. Examination of such cases in the studied series, showed that this type of hernia was found to be tender, painful, hard and difficult to reduce, unilateral, small and the external inguinal ring was tight.

Falling from a height on the abdomen or falling of a heavy weight on the abdominal wall are considered means of a direct injury.

Riberio (1925) observed that the proportion of a hernia resulted from a direct injury is less than 1 %, Kessler (1941) found that they occurred in about 0.3% of his series of cases. These figures were low because these authors considered only the crushing type of injury as for example the passage of a wheel over the pelvis and lower abdomen, they stated that the hernia was associated with other severe injuries such as fractured pelvis. There are other mechanisms of producing a hernia from a direct trauma. For example, two men were carrying a heavy rail of iron between them, one suddenly let his end go and the other tried to hold it by raising his thigh for support and the bar hit him directly on the groin. Another example was of these cases who fell and hit their abdominal wall. The effect of the trauma is usually transmitted to the weakest point which may be at some distance from the point of injury with the result of a hernia. The hernia may be a direct or an indirect inguinal hernia. For the occurrence of the indirect inguinal hernia, a congenital predisposition is also an important factor, for unless there is a preformed sac in the inguinal canal no amount of trauma will produce it. On the other hand, unless such a severe trauma occurred no hernia would result.

Cases which as was mentioned, could not give a certain cause and where hernia appeared during the routine heavy work and was associated with the element of surprise, were usually in the later decades of life. The shutter action of the abdominal inguinal ring and the inguinal canal is a fact which largely explains why a physically active man does not develop an indirect inguinal hernia during his active years but may

the reducibility of the bubonocule encountered was not easy and showed resistance, yet typing the cases into reducible hernia or otherwise was not considered of importance in the differentiation if the hernia is compensable or not.

d) *Size of the hernia :*

Since they were of recent origin, all the cases were of small size, 80% less than the size of a lemon, and 20 per cent were of a slightly bigger size.

e) *Signs accompanying the appearance of the hernia :*

i. severe sudden pain in the groins that made the patient stop his work and brought him to a state of anguish 40 per cent.

ii. slight sudden pain, patient could carry on with his work but felt fatigued : 30 per cent.

iii. feeling of something bursting in the groins : 10 per cent.

iv. feeling pain in the groins accompanied by pain in the neck : 10 per cent.

v. not feeling much pain in the groins but the sensation of a belt tightening him : 10 per cent.

It can be seen that pain was a constant observation accompanying compensable hernia. This pain, however, differs in its intensity and site.

DISCUSSION

The consideration of hernia as an industrial injury has been a matter of dispute among surgeons, employers physicians and in the legislation of different countries. In the U.S.A. the different State Laws sometimes contradict each other to a great extent. The New Jersey law, for example, is specifically designed to pay for only a small percentage of hernias. A more liberal attitude is that expressed by the Utah Commission when it states that the issue of predisposition to hernia should be regarded as unimportant, and any hernia resulting from strain, wrench or other industrial injury, whether complete or incomplete, is compensable.

Underlying factors :

The claimants, in the studied series, attributed their hernia to various factors which could be classified as follows :

- a) carrying a heavy weight : 54 per cent
- b) pushing a heavy weight : 20 per cent
- c) pulling a heavy weight : 6 per cent
- d) a heavy weight falling on the worker : 6 per cent.
- e) falling from a height : 4 per cent
- f) no certain cause mentioned : 10 per cent.

In cases of carrying, pushing or pulling a heavy weight the immediate cause was a sudden effort or severe strain. Hitting the abdomen through falling from a height or a heavy weight falling on the abdominal wall were cases suffering a direct trauma. Cases which could not give a certain cause i.e. those where hernia appeared during the routine heavy exerting work and where the hernia was associated with the element of surprise, fell in the later decades of life.

5. Clinical findings in the studied cases :

- a) General condition : In the fifty cases studied, general medical examination showed that all the systems in the body were normal. The Prostate was not enlarged in any of them, and urine was free from sugar and albumen.

b) Site of the hernia

right inguinal hernia	54 per cent
left inguinal hernia	30 per cent
double inguinal hernia	10 per cent
ventral hernia	6 per cent

c) Type of hernia

although the type of hernia is not a criterion of traumatic origin, but for the purpose of classification it was noted that 40 per cent of the studied cases were direct inguinal hernias, 54 per cent were indirect inguinal hernias and 6 per cent were ventral hernias. The phenomenon of patency of the external inguinal ring was not found to be a definite criterion as a tendency to the acquisition of hernia. Although

Results :

1. *Age incidence :*

Grouping of the fifty cases studied according to their age showed :

21 to 30 years old	4 per cent
31 to 40 years old	56 per cent
41 to 50 years old	16 per cent
51 to 60 years old	12 per cent
61 to 79 years old	12 per cent

The official records of the Alexandria University Hospitals show rather a different age incidence; the hernia in these cases was accepted as a disease :

0 to 10 years old	7.2 per cent
11 to 20 years old	14.0 per cent
21 to 30 years old	21.2 per cent
31 to 40 years old	26.4 per cent
41 to 50 years old	17.6 per cent
51 to 60 years old	12.4 per cent
61 to 70 years old	1.2 per cent

If the cases falling in the first and second decade of life are not counted in the above mentioned hernia (hernia as a disease), the age incidence will be as follows :

31 to 39 years old	26.9 per cent
31 to 40 years old	33.5 per cent
41 to 50 years old	22.7 per cent
51 to 60 years old	15.4 per cent
61 to 70 years old	1.5 per cent

It is quite obvious that there is a big difference in the age incidence between the occurrence of hernia as a disease and the hernia in the cases studied which are considered by the author an industrial injury. Although the maximum age incidence in the two categories lies in the fourth decade of life yet the percentage for this age group in the cases studied (56) almost is double that of hernia as a disease (33.5). Another remarkable point is that in the third decade of life the incidence of the hernia as a disease is about seven times that in the series.

Italian legislation	10 per cent
Swiss laws	15 per cent
Broudel	20 to 30 per cent
Sachet	5 to 50 per cent
Guide Barème	10 to 20 per cent
Barème belge	
unilateral inguinal	5 to 20 cent
bilateral inguinal	10 to 30 per cent

In the case of strangulation, with the great necessity of surgical interference, Imbert (1939) considers the refusal of a man to be operated upon as next to suicide and suggests that no compensation be allowed to him. In the U.S.A. most of the court decisions are favourable to the injured person, and death arising from a refusal to be operated upon has been compensated in full as death from accident. According to the general rule in the U.A.R. legislation, the labourer is only compensated for the hernia as he knows that if he is not operated on, death usually will follow.

In case of a recurrent hernia, it should be either operated upon again at a favourable opportunity or, according to the U.A.R. law, compensated as a hernia that is not operated upon.

It is the rule that before the labourer joins his work, he is medically examined and one of the requirements for appointment is that there should be no existing hernia. The problem usually arises when a hernia appears during work, and it has to be decided whether it is a disease unrelated to the work or an industrial accident i.e. due directly or indirectly to industrial hazards. It is the purpose of this study to analyse the different factors underlying hernia and state the medical and legal points of view.

Material :

Fifty cases were collected and completely studied, all of them were claimants of compensation for their hernia as an industrial accident; and in the author's view were compensable. The data in their files were fully studied and they were grouped according to age incidence underlying factors; and analysed according to the clinical findings. All the cases were male Egyptian subjects.

HERNIA AS AN INDUSTRIAL ACCIDENT

By

GEORGE S. EL-ASSAL M.R.C.P.

Assistant Professor of Forensic Medicine,
Faculty of Medicine, Alexandria University

Hernia is defined as a protrusion of a viscus or organ from its normal situation within a cavity through the walls of this cavity. For consideration of hernia as an industrial accident, there are certain postulates that must be satisfied by the claimant before his hernia can be considered compensable. The claimant has to prove that such a hernia occurred because of and during his work, and forthwith he has to declare such an accident to the police and a note should be recorded. It must be proved that there was an injury resulting in hernia which appeared suddenly, did not exist prior to the accident but followed, it, was of a recent origin and accompanied by pain.

Some men with a hernia are completely disabled from doing heavy manual work, while others are able to carry on with an increasing size of the hernia. Meck (1919) stated that a hernia reduces a man's general efficiency at least 25 per cent, but he did not specify the size and extent of the hernia, the type of man, his work, his age or his general condition. In the majority of cases, a medical operation is the remedy that will effect a cure and the return of the claimant to his job. Recurrence are not common, and in Colay's series (1918), they were less than 5 per cent. If operation is contraindicated, the workman is entitled to compensation. Disabilities of hernia in the U.A.R. are valued as follows (Sherif 1959) :

Inguinal hernia	10—20%
Femoral hernia	10—30%
Double inguinal hernia	20—30%
Umbilical hernia	10—20%

Foreign schedules give the following values for hernia (Kessler 1941) :

French jurisprudence	10 to 31 per cent
German jurisprudence	10 to 50 per cent
Swedish legislation	15 per cent

les moyens d'y parer et de les prévenir, la maternité et son rôle, les clubs d'enfants, la participation de la mère à la vie pratique et ses effets sur l'enfant la famille et la société, les familles de substitution, l'adoption, les lois protectrices de l'enfance et de la famille, les jouets et leur rôle, l'anecdote, les moyens auditifs et visifs, la musique, le chant et le chœur, le dessin et les travaux d'art, relations de l'enfant avec la personne surveillante, l'alimentation des enfants.

En ce qui concerne les entraîneurs de différents métiers (quatrième catégorie) ils apprennent leur rôle dans la structure technique de l'établissement, les moyens de découvrir les talents et les développer, les métiers faciles et utiles à enseigner et leur détermination d'après le sexe et l'âge etc...

Enfin les médecins qui servent aux mineurs prêtent leurs oeuvres sur la base de contrats.

Nous avons fait état ci dessus, de la façon dont est résolu dans la République Arabe Unie, le problème de l'entraînement du personnel chargé de traiter les délinquants adultes et les mineurs délinquants ou inadaptés.

Tandis que le personnel des prisons est dirigé par l'élément policier, cet élément manque complètement dans les établissements pour mineurs.

Mais l'époque actuelle marque un progrès sensible dans l'entraînement des deux genres de personnel et on prévoit dans ce domaine, un avancement croissant et incessant, au fur et à mesure que soit enraciné dans les consciences, le fait que la délinquance est un état pathologique à soigner, plutôt qu'une faute à châtier, et que, dans son combat, la violence devrait de plus céder sa place aux procédés techniques et humanitaires.

visites, reçoit chaque année de chaque province, deux membres à choisir du personnel, par rapport à la spécialisation pour laquelle ce programme même est organisé.

Le second programme local est tracé annuellement pour les quatre catégories du personnel travaillant dans la région.

C'est un programme de conférences que pose le centre d'entraînement du personnel institué sous les auspices et avec l'aide de l'UNICEF (United Nations Children's Fund).

En 1960, quatre centres de ce genre ont été fondés au Caire, à Alexandrie, à Assiout et à Mansoura.

Neuf autres centres ont été ensuite constitués dans d'autres provinces, en 1965.

On pourrait citer à titre d'exemple les matières du programme spécialisé qui est organisé annuellement au Caire.

Ces matières sont pour les spécialistes en service social : le problème des mineurs, les facteurs sociaux et économiques d'inadaptation des mineurs, les facteurs physiques, psychiques et mentaux de cette inadaptation, l'influence des moyens de publicité, le problème du loisir, les besoins fondamentaux des mineurs, la responsabilité de la famille et de l'école, les orientations nouvelles dans l'administration et l'organisation des établissements pour mineurs, le rôle du spécialiste en service social au sein des établissements, le rôle de la police et des tribunaux dans la solution du problème, discussion de cas pratiques, les investigations sociales dans le domaine des mineurs inadaptés, l'organisation de la famille du point de vue de la religion, de la médecine et de la société.

Un autre exemple pourrait être tiré du programme annuel que le centre d'entraînement organise pour toutes les catégories du personnel.

Parmi les matières que ce programme développe pour la catégorie des surveillants et de ceux qui entrent en contact direct avec les mineurs, (deuxième catégorie) on peut mentionner :- étude analytique de la psychologie infantile à travers les diverses phases d'évolution, la famille exemplaire et ses éléments, les facteurs de désintégration de la famille et

La quatrième est celle des agents professionnels, tels que les surveillants d'alimentation ou d'hygiène, les infirmiers ou les infirmières, et les entraîneurs en différents métiers.

Pour la nomination du personnel des établissements publics, un entraînement préparatoire est obligatoire par rapport à la première catégorie.

Les spécialistes en service social, étant choisis parmi les licenciés en lettres (section de sociologie) ou les diplômés de l'Institut supérieur de service social, les administrateurs pouvant être élus des licenciés en droit ou en économie et commerce, suivent tous avant d'être nommés un programme d'entraînement qui dure trois mois pour les premiers et deux pour les derniers. Dans un mois ils fréquentent un cours théorique sur les mineurs, leur inadaptation, leur traitement et leur lois. Puis les spécialistes en service social passent deux autres mois d'entraînement pratique, l'un dans des régions urbaines et l'autre dans des zones rurales. Les administrateurs passent un second mois de pratique dans des visites aux établissements pour se rendre compte de leur système et de leur comptabilité. Enfin ils subissent tous un examen écrit et oral.

Les membres de la seconde catégorie (les surveillants) sont choisis parmi les titulaires d'un diplôme secondaire de service social, mais sans programme préparatoire.

Ceux de la quatrième catégorie sont nommés après une annonce et un examen qui est suivi, en cas de réussite, par un contrat. Quelquefois on leur organise un programme préparatoire.

Par suite de la première promotion, les spécialistes en service social ainsi que les titulaires d'un degré supérieur ou d'université suivent un programme avancé d'entraînement, consistant dans un enseignement théorique et des visites à faire, aux établissements des mineurs.

D'autre part, deux programmes annuels sont organisés, l'un est spécialisé et se déroule au Caire, et l'autre est posé par le centre régional d'entraînement du personnel s'occupant de l'enfance et de la famille.

Le premier programme consistant dans des conférences et des

Voici les traits saillants du système suivi par la République Arabe Unie dans l'entraînement du personnel pénitentiaire.

Le centre d'entraînement et d'habilitation reçoit aussi des officiers des pays arabes, destinés au travail pénitentiaire.

Il a entraîné des officiers provenant du Soudan, de l'Algérie, du Liban, du Yemen, de l'Arabie Saoudite et du Kuwait.

Le 12 février 1962, M. le Prof. Lopez Rey, alors directeur de la section de défense sociale des Nations Unies, a donné au personnel du centre quatre conférences. Une visite au centre a été faite également par M. Patrik le directeur de l'Association de post - cure a Ottawa, et par M. Gewa le directeur des prisons nigériens.

Cependant, il n'a été pas encore possible, d'enseigner au centre toutes les matières spécifiées par la recommandation no. 17 de l'ensemble des résolutions du premier Congrès des Nations Unies, à propos du choix et de l'entraînement du personnel pénitentiaire.

De plus, on devrait donner à ce personnel un traitement particulier du point de vue des salaires, conformément à la recommandation no. 6 des dites résolutions laquelle vise à distinguer les travailleurs des prisons, des autres fonctionnaires publics, et prescrit en faveur d'eux, des avantages financiers aptes à les encourager. En effet, la solution des problèmes des prisonniers, requiert une sérénité d'esprit laquelle manquerait à qui est animé par le souci des besoins personnels.

Enfin, on n'a pu fonder aucun centre régional d'entraînement de ceux prévus par la recommandation no. 20 des résolutions susdites.

* * *

Quant aux établissements pour mineurs délinquants ou vagabonds, leur personnel est au contraire dépourvu de tout élément policier.

En effet, ce personnel se divise en quatre catégories.

La première est celle des spécialistes en service social, des administrateurs et des directeurs d'établissements.

La seconde contient les surveillants et ceux qui sont en contact direct avec les mineurs.

La troisième se rapporte aux membres des conseils d'administration (lesquels sont des volontaires ayant des qualifications variées).

Le programme dure trois semaines, et consiste dans soixante dix-huit conférences.

Quant au programme de renouvellement des connaissances, il dure dix jours et contient comme matière nouvelle, des principes de psycho sociologie.

Ici, il ne convient pas d'exposer d'une façon détaillée, le contenu des dites matières. Toutefois, à titre d'exemple, on pourrait mentionner les sujets sur lesquels porte la matière des relations humaines. Ils sont : la définition des relations humaines, la nature humaine, la conduite humaine dans les sociétés organisées, la conduite individuelle, les besoins fondamentaux de l'homme, la conduite collective, l'influence de cette conduite et la dynamique du groupe, direction et surveillance, et la diminution du conflit entre les buts publics et les buts privés.

En ce qui concerne les agents de police, ils rejoignent, après avoir fait une pratique sur place, le groupe ainsi dit de "gardiens nouveaux" pour suivre un programme primaire d'orientation spécialisée, lequel dure trois semaines, porte sur treize matières dont la plupart est identique à ce qu'on vient d'indiquer par rapport aux officiers, et contient soixante douze conférences.

Dans trois autres semaines, ils apprennent, en outre, la tactique, la lutte et la défense de soi même.

La matière de "relations humaines", laquelle fait partie de leur programme, traite des sujets suivants : 1) La définition des relations humaines, la conduite de l'individu, les motifs, l'instinct, les besoins psychiques (d'amour et de travail) 2) des sujets divers comme les différences de caractère et de tempérament, l'influence de la société sur l'individu, l'intelligence, l'indépendance, le moral 3) des notions spécialisées sur : le prisonnier, la diversité des modes de conduite, la contribution à satisfaire les besoins légitimes, les besoins sérieux et simulés, le fait que la violence n'est pas indispensable à la conservation du prestige.

Comme nous venons de le dire par rapport à tout le personnel pénitentiaire quelqu'en soit la catégorie, les agents de police doivent eux-aussi, tous les deux ans, suivre un programme de renouvellement des connaissances.

Naturellement, les programmes primaires, se terminent, d'habitude, par un examen.

Les spécialistes en service social sont, soit licenciés en lettres (section de sociologie) soit diplômés de l'Institut supérieur de service social.

D'habitude, les étudiants de la dite section de la Faculté des lettres ou du dit Institut, passent une période de stage, dans les prisons, avant de terminer leurs études.

Il incombe aux agents de service social de remplir trois fonctions délicates : 1) la réception des arrivants, la vérification et la résolution de leur cas. 2) l'occupation du loisir et la culture en groupe. 3) La post-cure.

Une caractéristique commune à toutes les deux catégories d'agents pénitentiaires, est la nécessité d'avoir été entraîné dans le travail des prisons, non seulement pour y faire service, mais aussi pour être maintenu dans ce service même.

Un entraînement est toujours indispensable, au commencement du service, et continuellement après.

Personne n'est admis au service, qu'il soit policier ou civil, sans avoir subi premièrement un entraînement théorique sous forme d'un programme primaire d'orientation spécialisée.

Ensuite, chacun doit suivre un programme de renouvellement des connaissances tous les deux ans, afin d'être mis au courant de toute innovation en matière pénitentiaire.

Méritent une attention particulière, les programmes d'entraînement de la catégorie policière, c'est-à-dire des officiers et des agents de police.

Le programme primaire d'orientation spécialisée, destiné aux officiers, leur apprend seize matières : 1) l'organisation, les objectifs et la mission de l'Administration pénitentiaire. 2) principes d'administration générale 3) relations humaines 4) la loi sur les employés civils de l'Etat 5) Comptabilité 6) magasins 7) contrats et achats 8) l'évolution du traitement des prisonniers 9) les systèmes des prisons et le règlement des sanctions pénitentiaires 10) service social 11) consignes et cantines des prisonniers et orientation professionnelle 12) fiches et statistique 13) la loi sur la police et les pouvoirs des directeurs des prisons 14) les procès-verbaux de l'Administration pénitentiaire 15) études mentales et éclaircissement politique 16) incendie et défense civile.

En 1957, le nom du dit institut a été abrégé en "Centre d'entraînement et d'habilitation".

Réorganisant l'Administration pénitentiaire, l'ordonnance ministérielle no. 132 de 1963, a constitué dans cette administration une section d'entraînement, compétente de la préparation technique des agents pénitentiaires policiers et civils.

Un comité supérieur d'entraînement a été formé le 27 mars 1966 par une ordonnance administrative no. 80 de 1966, pour tracer les programmes d'instruction à suivre dans le centre susdit, relativement à toutes les catégories des agents pénitentiaires, qu'ils soient des chefs ou des subordonnés, des civils ou des policiers.

Après plusieurs réunions, ce comité a posé les programmes à exécuter à partir de l'année 1966—67, c'est-à dire depuis le premier septembre 1966.

Avant d'aborder ces programmes, il convient de donner un aperçu des agents pénitentiaires de la République Arabe Unie, quant aux qualifications qu'ils doivent posséder.

En effet, ces agents se divisent en deux grandes catégories lesquelles sont les policiers d'une part et les civils d'autre part.

La catégorie policière contient des officiers dont on nomme les directeurs des pénitenciers, et des agents de police qui leur sont subalternes.

La catégorie civile comprend des médecins, des pharmaciens, des ingénieurs, des agronomes, des prédicateurs et instituteurs et des spécialistes en service social.

Ils sont secondés, eux aussi, par des subalternes tels que les infirmiers et les infirmières, les assistants de laboratoire et de radiologie, les ouvriers professionnels ou agricoles.

Il y a enfin des employés (copistes) et des comptables.

Ceux qui méritent une attention particulière, sont les policiers et les spécialistes en service social.

Les officiers sont pour la plupart licenciés en sciences policières et juridiques selon le nouveau régime de l'Académie de police. Autrement dit, ils sont en même temps licenciés en droit.

NOMINATION ET ENTRAÎNEMENT DU PERSONNEL PÉNITENTIAIRE(1)

par RAMSES BEHNAM

Professeur de Droit Pénal et de Criminologie
à la Faculté de Droit d'Alexandrie (R. A. U)

Envisager les délinquants pour les reconduire au juste chemin, c'est un des problèmes les plus difficiles de l'humanité.

C'est que chaque individu d'eux, est différent des autres, quant à sa personnalité et son histoire.

On ne saurait les soumettre tous au même mode de traitement, leurs maux n'étant pas identiques.

Pour cette raison, il est indispensable de bien sélectionner et entraîner le personnel pénitentiaire, pour qu'il soit à la hauteur de sa tâche fort délicate et que soit accomplie la mission du droit pénal consistant dans le combat de la délinquance et l'assainissement de la société.

Par rapport à la République Arabe Unie, la question fut prise en considération depuis longtemps, dans le but de se conformer d'ailleurs au mouvement mondial de réforme pénitentiaire.

En 1945, l'Administration pénitentiaire, organisa une école pour les élèves candidats aux postes de gardiens en prison.

Dans un semestre de cours, ils faisaient une étude pratique et suivaient des leçons sur les systèmes administratifs et les directives aptes à garantir la bonne exécution de leur devoir.

Animée par le souci d'adopter autant que possible, les méthodes scientifiques, une ordonnance ministérielle no. 78 du 13 octobre 1956, fonda un institut d'entraînement et d'habilitation pour le personnel pénitentiaire policier aussi bien que civil. Cette ordonnance n'était, en effet, qu'une adhésion aux résolutions du premier Congrès international des Nations Unies en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955.

(1) Rapport à présenter au 4ème Congrès international des Nations Unies, en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants (1970).

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

**PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE**

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

14^{ème} ANNÉE, 1969

Nos. 3 et 4

ALEXANDRIA UNIVERSITY PRESS

1970

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XIV

1969 — No. 3, 4